

# 制度的保障論の再構成

海 野 敦 史

## Abstract

This paper attempts to “revive” and reconstitute traditional theories on institutional guarantee within the Constitution of Japan, which seem to have been “suffocated” with a number of academic criticisms. It would be reasonable to assume that these criticisms can be encapsulated by the following factors. First, the notion of “institution” is too vague to clarify the significance of the theories. Second, it is not easy to dispel the anxiety that accentuation of “institution” may impair the guarantee of constitutional rights. However, this paper assumes that theories on institutional security are still instructive in explaining and analyzing the structure of constitutional rights insofar as the constitution itself requests the legislature to assure certain institutional systems by establishing law. In accordance with a definition of institution (system) as an aggregation of legal norms, it would be fair to note that both institution and constitutional rights are not antagonistic but supplementary in the sense that some constitutional rights require a specific system founded by law to assure their legal benefits. In addition, care should be taken that the legal benefits of institutional guarantee can be found in the establishment and management of constitutional systems by the public power, not in the maintenance of a certain existing system itself. On this basis, this paper stresses the importance of the theories and provides a landscape on typology of institutional guarantee as well as some viewpoints on how they should be amended to overcome the suggested criticisms.

**Keywords:** institutional guarantee, Constitution of Japan, legal system, fundamental human rights, objective legal norm

## 1 序 論

日本国憲法（以下「憲法」という）において保障される国民の権利としての基本権<sup>1</sup>は、伝統的に「国家からの自由」ないし防御権を基本とするものとして捉えられてきた。今日においても、そのこと自体の妥当性は認められるところであり、例えば思想・良心の自由（憲法19条）、信教の自由（憲法20条1項前段・同条2項）、表現の自由（憲法21条1項）

などについては、基本的には、国家の積極的な介入なくして実現し得る基本権であるといえる<sup>2</sup>。しかしながら、自然的な自由として、何らの制度的な手当てもなく保障され得る基本権というのは決して多くはない。すなわち、多くの基本権は、必ずしも無条件的に「裸」のままの状態で実効的に保障されるものではなく、何らかの制度的な「鎧」をまとったうえで初めて実質的な保障を受けることとなるものである<sup>3</sup>。概して「自由で自己決定的な

個人」が十分に根づかず、自由の実現に国家の助力を必要としてきたという我が国独自の土壌も、こうした基本権のあり方に適合的であったように思われる<sup>4</sup>。このような一定の制度を前提とした権利（制度依存型権利<sup>5</sup>）は、人間が人間であるというだけで享有し得る基本的人権の観念には必ずしも適合的ではないようにもみえるが、実際には、憲法が「公共の福祉」（憲法13条）の確保を予定しており、かつ法の下の平等（憲法14条1項）を原則としている以上、多かれ少なかれ法令上の制度的な仕組みに依存しながら自由や権利が保障されるということは、それらの憲法上の要請の論理的帰結であると考えられる。そして、このような制度依存型権利の中には、権利の保障とそれに対する制約という図式がただちには当てはまらないという特徴を有するものもある<sup>6</sup>。近年の学説においても、制度という枠組みを必要とする基本権の保障のあり方について、自由権的な保障の考え方とは区別して考察しようとするものが提示されている<sup>7</sup>。

それにもかかわらず、基本権が法律による仕組みに基づき具体化されるということに対して、主観的な「国家からの自由」としての基本権の内実を瓦解させるものとして、否定的に捉える学説も根強く存在する<sup>8</sup>。しかし、例えば憲法25条1項の生存権について、平等原則に配慮しつつ、国民各人に対する「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するための措置（給付等）を行うためには、法律に基づく一定のルールを設けざるを得ず、当該ルールなくして生存権の保障は成立し得ないと考えられる。また、典型的な「国家からの自由」としての「不可侵」が保障されている憲法29条1項の財産権に関しても、およそ財産的価値を有するものに対する一切の権利がこれに含まれるものと解する限り<sup>9</sup>、その保

障は法律に基づく制度の枠組みに依存せざるを得ない。すなわち、国民各人における財産の配分状況の現状を一応肯定しつつ、法律に基づき形成されてきた既得権及びそれを支える財産法秩序（財産法制度）を原則として（少なくとも暫時）追認することが財産権の不可侵の一角を担うこととなる。しかも、憲法がこのような法律による基本権の内容形成を否定していると解することのできる根拠はなく、それは条文上「法律」に依存した基本権が少なからず存在するということからも明らかである。このように、多くの基本権の実効的な保障において、法律による制度的な仕組みにまったくよることがないという考え方は、現実の立法の機能に即した議論とはいえず、むしろ両者は基本的には親和的な関係にあると捉えるべきであると考えられる。

このように立法を通じて基本権の内容が形成されていくこと（基本権の内容形成）が肯定されることを前提としつつ、その立法の内容をみると、基本権の内容を具体化し、その保護領域に一定の輪郭を与えるものと、基本権の保障に資するために一定のまとまりを有する法規範の集合体（複合体）を定めたものとがあるといえる。そして、多くの場合、前者は後者に包含される関係にある。例えば、憲法17条は公の賠償請求権という基本権を保障し、その詳細は「法律の定めるところ」によることとしているが、同条にいう「公務員の不法行為により、損害を受けたとき」の賠償請求の要件・効果を具体化し、公の賠償請求権の保護領域に輪郭を与えるものが、国家賠償法（昭和22年法律125号）1条1項・2条1項の規定であるといえる。これらの法律上の条項により、当該賠償請求が認められるためには、例えば公権力の行使に当たる公務員の職務上の不法行為の場合、公務員の故意・過失や行為の違法性等が要件とされ、賠

償責任を負う主体が国又は公共団体であることが初めて明らかとなる。同時に、憲法17条は、国家賠償法及びその他の関係法令による「国家賠償制度」の設定・運営（設営）をも要求しており、国家賠償法の全条項及びその他の法令の関係条項からなる法規範の集合体が当該制度を形成することとなっている。その背景には、実際に国民各人における公の賠償請求権の行使が認められるためには、権利の輪郭が確定するだけでは足りず、権利行使の平等性等を確保する観点から、賠償の具体的なあり方そのものに関するルールが法律によりきめ細かく形成される必要があるという事情がある。このとき、法律に基づき形成された「国家賠償制度」は、多数の法規範から構成され、そのすべてが必ずしも公の賠償請求権という基本権を直接保障するものではないが（例えば国家賠償法3条は、国又は公共団体の内部関係におけるルールを定めたものであって、国民の公の賠償請求権を直接保障する法規範ではない）、少なくとも当該基本権の保障に資するものであるということになる。

このような観点からみると、憲法規範には、必ずしも主観的権利としての基本権を直接保障するにとどまるものではなく、特定の制度ないし一定の法規範の集合体の設営を保障することにより、間接的に主観的権利としての基本権の保障に資し、もって「公共の福祉」の確保を果たすという機能連関を内包したものが少なくないといえる。このような形での保障が一般的に制度的保障といわれるものであるが<sup>10</sup>、制度的保障が主観的権利としての基本権そのものを定めたものではないということは、制度的保障とされる憲法上の規定のすべてがおよそ基本権の保障に関わるものではないということの意味するものではない<sup>11</sup>。これまで我が国の憲法解釈論において

制度的保障とされてきた規定には、さまざまな目的及び内容を有するものが含まれている。そのような多様性のゆえに、制度的保障の観念は無用のものであるかのごとく捉えられることも少なくないが、単純にそのことをもってこの観念を排除することは、憲法上の基本権に関する規定（以下「基本権規定」という）の的確な理解を妨げる可能性があると考えられる<sup>12</sup>。しかも、これまでの制度的保障の理論は一種の説明概念として用いられてきた感があり、基本権規定との関係が実体的に解明尽くされたものであるとはいいがたい<sup>13</sup>。それでは、制度的保障の観念をどのように捉えることが妥当なのであろうか。

本稿は、このような問題意識に立ちながら、憲法上の制度的保障に関する理論の再構成を試みるものである。このような試論的な再構成を試みるためには、本来は「権利」と「制度」との関係をめぐる議論が活発に行われてきた大陸法系諸国の主要学説<sup>14</sup>を詳細に分析するところから始めなければならないであろうが、それらについては我が国においても優れた先行研究の蓄積があるため<sup>15</sup>、詳細はそちらに譲ることとする。本稿における焦点は、我が国において理解されてきた制度的保障の理論の考え方の問題点を抽出し、それを克服するためにはどのような理論の再構成を行うべきであるかを考察することにある。それゆえ、比較法的な視点については、必要最小限にとどめることをあらかじめお断りさせていただく。

## 2 原始的制度保障論

制度的保障の理論の淵源となるのは、ドイツにおけるシュミットの理論（以下「原始的制度保障論」という）である<sup>16</sup>。これは、今日我が国で議論される制度的保障の理論とは

大きく異なるものである<sup>17</sup>。すなわち、「基本権による立法権の拘束」<sup>18</sup>が認められていなかったワイマール憲法の下で、「法律の留保」の下におかれた自由権の本質的な内容を立法権による侵害から保護するために、一定の「制度」そのものの存在が保障される旨が説かれたものである<sup>19</sup>。ここに、原則として無条件的に保障される各人の前国家的な「権利」と国家の内部においてのみ存在し原則として制約可能な「制度」との間に大きな溝が生じることとなる<sup>20</sup>。それゆえ、当初のシュミットの理論については、「制度的保障」と称するのは必ずしも適当ではなく<sup>21</sup>、「制度保障」と称すべきものであると考えられることから、「原始的制度保障論」と呼称することとしている。ただし、ここでいう「制度」とは、職業官僚制、大学の自治制度、地方自治制度など、憲法制定以前から伝統的に形成された典型的な既存の規範の複合体に限定されていた。もっとも、「典型的」な制度であるか否かの判断基準は必ずしも明らかではなく、単なる現状とは区別されるという含意を伴うものにすぎなかったものと解されている<sup>22</sup>。それゆえ、その保護は当該制度の現状全体ではなく、その核心にのみ及ぶものとされていた。このような理論の背景には、これらの伝統的な制度と前国家的な権利ないし自由とを区別し、制度保障を自由権に対峙するものとして捉える思想があると考えられる。実際、原始的制度保障論については、国家と個人との間を介在する「特権身分集団」としての制度の保障を憲法上の保障として定位することにより、本来は自由に対する「異物」であるはずの当該保障と「自由」との緊張関係を調整することを意図していたものである旨が指摘されている<sup>23</sup>。

もっとも、原始的制度保障論の理論も一定の変遷をたどり、制度と自由との区別は、制

度が自由を「連結的・補充的」に保障する機能を有するものとして定位する論理を導くこととなる<sup>24</sup>。そして、当初は伝統的な制度の保障として包括的に捉えられていたものが、やがて私法上の“*Institut*”の保障（法制度保障）と公法上の“*Institution*”の保障（制度体保障）との区別が図られるようになった<sup>25</sup>。我が国のある学説においては、この区別された2つの保障のうち、原始的制度保障論は後者を真正とするものであったということが指摘されている<sup>26</sup>。このような考え方に忠実に従う場合には、本来的な制度的保障（制度体保障）に適合し得るのは、憲法では憲法1章の天皇制のみであるということになるものとされる<sup>27</sup>。それゆえ、基本権の保障との関係において特に検討されるべきであるのは、ここでいう法制度保障の方であると考えられる<sup>28</sup>。

### 3 制度的基本権論

原始的制度保障論に対し、ドイツにおいては、基本権が主観的側面と客観的側面とを併有することを重視しつつ<sup>29</sup>、自由そのものを制度として捉え、「制度的自由」ないし「制度としての基本権」を觀念するヘーベルレの理論（以下「制度的基本権論」という）も提示されてきた<sup>30</sup>。これは、前国家的な基本権と法的に構成された制度との峻別を前提とした原始的制度保障論とは異なり、基本権（自由権）と制度との不可分性を強調し、基本権規定には制度を保障する規範が内在しているという思想を根底に据えるものである。具体的には、基本権には個人権的・防御的側面、制度的側面、給付付与的側面があるということをも前提としつつ<sup>31</sup>、基本権の制度的側面においては、「公的制度」が「社会国家における基本権の現実の一部」となるものとされ

る<sup>32</sup>。ただし、ここでいう「制度」については、原始的制度保障論が憲法制定以前からの制度に限定していたのと異なり、そのような伝統的な制度に限定されるものではないということに留意する必要がある。

それゆえ、原始的制度保障論が特定の制度の「現状」の保障に重きをおくこととなるのに対し、制度的基本権論においては基本権を「制度的」ないし動態的に保障することが強調される。すなわち、基本権規定は、国民の主観的権利を基礎づけるとともに、各人がその主観的権利を実効的に行使するための前提として、公権力に制度の創設を義務づける規範としても機能することとなるものとされる<sup>33</sup>。

制度的基本権論によれば、すべての基本権は広義における「社会的基本権」にほかならず、憲法規範による授権に基づき、主に法律による制度的側面の形成を必要とするものとされる<sup>34</sup>。そして、立法権が形成する法規範の体系は、自由に対する制約というよりも、むしろ自由を現実化するための手段となるとされる<sup>35</sup>。ここに、立法の次元における「基本権の制約」と「基本権の内容形成」との区別は相対化され、前者は広く定義された後者に吸収されることとなる。その結果、「制度保障と結びつけられ、社会国家的に解釈された自由権」が「積極的な基本権としての給付請求権」に「転化」することとなる<sup>36</sup>。

このように、制度的基本権論においては、各人の主観的な自由を実現するために、公権力（立法権）による基本権の保護領域への介入を広く認容することをその本質とするものである。それゆえ、ドイツはもとより我が国においても、基本権の本質について「国家からの自由」を主眼に考える伝統的な立場からは、さまざまな批判が提示されている。その批判は、以下の各点に集約されよう。第一に、

「制度的自由」が特定の制度的目標に向けて方向づけられた自由となることにより、自由の行使の射程が当該目標に応じて異なるものとなるということである<sup>37</sup>。第二に、既存の一定の制度が制度的自由（基本権の内容形成）の一環として捉えられることにより、自由に対する制約とは観念されなくなり、正当化の証明を免れることとなるということである<sup>38</sup>。第三に、公権力の積極的な配慮と調整による基本権の実現を広範に認めることは、我が国の憲法における基本権理論にはなじまないということである<sup>39</sup>。

思うに、制度的基本権論の問題点は、制度が基本権に対して一定の尺度を提供するという論理そのものにあるのではなく、およそすべての基本権について、このような「制度的自由」を当てはめようとしたことにある。その結果、基本権の保護領域における立法の意義が、実質的に基本権の内容形成の側面に集約され、基本権に対する制約の側面が相対化してしまうこととなる<sup>40</sup>。前述のとおり、基本権の中には、思想・良心の自由のように立法による内容形成なくして実現し得るもの<sup>41</sup>もあり、これらについてまで「制度的自由」を承認することは適当ではなかろう。このような欠点を克服するためには、「制度的自由」が及ぶ基本権の領域 - すなわち基本権規定における制度的保障の射程 - を具体的に明らかにする必要があるものと考えられる。

#### 4 我が国の一般的な制度的保障論

以上のようなドイツにおける議論等を踏まえて我が国で定立された制度的保障に関する一般的な理解（以下「制度的保障論」という）は、以下のようなものである。すなわち、憲法上の基本権に関する規定（以下「基本権規定」という）の中には、個人の基本権そのも



の保障ではなく、当該保障と「密接に結び合って一定の制度が保障されていると解される規定」<sup>42</sup>が含まれるものとされる。そして、立法権によっても侵すことのできない制度の核心部分が明確であり、制度と基本権との関係が密接である場合に限り、制度的保障論が適用され、立法権は当該制度の趣旨に反する法律を制定することができないものと解されている<sup>43</sup>。このような限定的な適用の背景には、制度的保障の側面が強調されすぎると、本来の基本権（特に自由権）が「制度的自由」へと「没落」することに対する懸念があるといえる。こうした観点に基づき、代表的な学説は、大学の自治、私有財産制などを制度的保障の例として挙げている<sup>44</sup>。

しかし、このような論理は、制度の核心部分が改変されない限りにおいて、法律による制度の形成・改変・廃止とそれによる権利の制約を容認することとなる。すなわち、憲法上保障されるべき多くの基本権が制度に依存しつつ具体化されるものであるにもかかわらず、制度の核心部分以外の「周辺部分」が憲法上の保障の射程から完全に外れてしまうという帰結をもたらすこととなっている。その意味において、一般的に理解されている制度的保障論における「保障」とは、制度の核心部分の不可侵という消極的な保障にとどまるのであって、制度の設営に対する積極的な保障までをも十分に考慮したものとはなっていないものと考えられる。また、そもそもここでいう「制度」の概念の射程については、必ずしも明らかになっていない。

判例も、制度的保障論を受容しているものと考えられる。すなわち、「元来、政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であつて、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障

を確保しようとするもの」であると説き<sup>45</sup>、政教分離が制度的保障として定位される旨を示している。また、「憲法82条1項の規定は、裁判の対審及び判決が公開の法廷で行われるべきことを定めているが、その趣旨は、裁判を一般に公開して裁判が公正に行われることを制度として保障し、ひいては裁判に対する国民の信頼を確保しようとするにある」とも述べ<sup>46</sup>、裁判を受ける権利と密接に関わる裁判の公開についても制度的保障の一環として捉えているように解される。

もっとも、制度的保障を基本権の保障との関係においてどのように位置づけるかということに関しては、学説上の見解の一致をみているわけではない。制度的保障における一定の制度の保護が個人の基本権の保障に役立つこととなる旨を指摘する学説もあるが<sup>47</sup>、後述するとおり、このような考え方に対して批判的な学説も少なくない。また、ひとえに制度的保障といっても、多様な保障の態様が含まれていることを指摘する学説も多い。例えば、ある学説は、制度的保障とされる規定には、当該規定の権利性を否定し、制度という客観的原則規範の保障にすぎないとする権利保障否定型と、当該規定とは独立に承認されている権利を防御するものとして位置づけられる権利防御装置型とがあるとしている<sup>48</sup>。そして、そのいずれにおいても、「ある憲法規範が制度的保障であるということは、当該憲法規範のおかげで利益を得る主観的利益は法律上保護された利益ではなく、事実上の反射的利益にすぎないということを意味する」<sup>49</sup>ものとされている。また、制度的保障とされる基本権規定はそれぞれ異なる目的や保障の対象を有し、基本権との関係についてもさまざまであることから、ある規定が制度的保障の規定であるとされたからといって、そこに一定の特徴が論理的に導出されるもの

ではなく、その限りにおいて制度的保障の観念は一種の説明概念にすぎないものと指摘する学説も有力である<sup>50</sup>。

## 5 制度的保障論に対する批判的見解

以上のように、我が国の憲法解釈論としても導入・受容されるかにみえた制度的保障論には、さまざまな批判が向けられるようになった。おそらく、今日の学説の趨勢としては、制度的保障の理論を憲法解釈において用いるべきではないとする見解<sup>51</sup>や、たとえ用いるとしても特定の条項について限定的に用いるべきであるとする見解<sup>52</sup>が主流であろう。そして、制度的保障論の有用性を説く学説から、これらの批判に対する明確な回答が示されてこなかったところに、この理論が必ずしも十分な通有性を有しなかった原因があると思われる。それゆえ、当該批判の内容を検討することは、この理論の再構成に当たっての重要な糸口となると考えられる。このような批判的見解の概要については、以下の各点に集約される。

第一に、制度的保障にいう「制度」の概念が不明確であるとする指摘がある<sup>53</sup>。実際、原始的制度保障論が「制度」の概念を伝統的に確立した典型的な規範複合体としての制度であると定位したことから、その後の学説においては、どのような制度がこれに該当するのかをめぐって混乱を招いている感があるように思われる。これは、制度的保障にいう「制度」の概念の射程を改めて画する必要性を示唆するものである。

第二に、一定の制度が立法権による侵害から保護されているものと解する場合、憲法が保障する「制度」の内容は何かを明らかにすることは解釈論上容易ではないとする指摘がある<sup>54</sup>。この考え方によれば、憲法上の保障

範囲に入る制度の核心部分の内容が明らかにされない限り、制度的保障の理論は有意ではないということになる。むしろ、「制度」の内容を「権利」の保障から析出する困難さを回避する観点から、制度の核心部分と「濃淡様々な関係にあるもの」を広く憲法の保障する基本権の内実と捉えたうえで、多様な観点からの制約の可能性を検討する際に、当該核心部分の価値との関わり合いの濃淡を考慮すれば足りるという旨も示唆されている<sup>55</sup>。このような指摘は、制度的保障においては、そもそも保障の射程に入るのは制度の核心部分に限られるのかという問題を示唆するものである。なぜなら、制度の核心部分の規範のみならず、ある制度の設営そのものが総体的に保障されるということが憲法の要請であるとすれば、憲法上の保障範囲に入る制度の核心部分を必ずしも厳密に特定する必要がなくなるとも考えられるからである。

第三に、「基本権による立法権の拘束」が認められている我が国の憲法においては、そもそも制度的保障の観念を使用する実益が乏しいとする指摘がある。これによれば、憲法は基本権を制度的に保障し具体化する権限を立法権に付与しているところ、立法による基本権の内容形成が基本権の制約に転化する臨界点を個別の基本権ごとに探求すれば足り、あえて制度的保障の観念を持ち出す必要はないとされる<sup>56</sup>。換言すれば、制度的保障の理論は、制度の核心部分さえ維持すれば法律によりその保障をいかにようにも緩和できるということを含意しているわけではないということにかんがみると、重要なのは個別の基本権が実体的な領域だけでなく手段・制度の領域を含めてどこまで保障しているのかを明らかにすることであって、制度的保障の観念そのものではないということが指摘されている<sup>57</sup>。同時に、これまで制度的保障とされて

きた私有財産制度、大学の自治等について、制度的保障の観念に依拠することなくその趣旨を理解することは可能であり、あえて制度的保障という観念により議論を複雑にする必要はないとする指摘もある<sup>58</sup>。その背景には、制度的保障とされる規定に共通するのは、特定の基本権に奉仕する制度を内包しているということにすぎず、制度的保障の理論の枠組みに照らした特性ではないとする思想があると考えられる<sup>59</sup>。更に、制度的保障の観念の多義性を指摘したうえで、制度的保障に属するものとされた規範については客観的法規範<sup>60</sup>であるとするれば足り、あえて制度的保障の理論を定立するには及ばない旨を説く学説もある<sup>61</sup>。これらは、制度的保障の理論を憲法解釈において用いる場合には、その実益が明らかにされなければならないということを示唆するものである。

第四に、制度的保障により保障されるものとされる制度には多様なものがあり、その中には制度の核心部分が保障されるという意味においては保障に該当しないものが含まれているのではないかと指摘がある。とりわけ、政教分離規定にみられるような憲法上忌避される「制度」については、核心部分の保障の趣旨と適合しないことから、制度的保障とはいえないものと解する見解が今日では有力である<sup>62</sup>。これは、憲法上の規定の中で制度的保障とされるのはどの規定であるかということと併せて、憲法が特定の制度を忌避している場合、それは制度的保障の観念で把握することが妥当であるかということを明らかにする必要性を示唆するものである。

第五に、制度的保障が制度の核心部分を侵害しない限りで立法権による内容形成を認めるものである限り、その客体の保障範囲が実質的に立法を通じて縮減ないし相対化されてしまうこととなるという指摘がある<sup>63</sup>。この

指摘は、「縮減」の対象について、保障対象となる制度そのものと、それに関連する基本権（主観的権利）との双方の可能性を内包している。前者について例を挙げれば、仮に政教分離を制度的保障の一環として捉える場合、判例上確立された目的・効果基準<sup>64</sup>を用いてその制約を認めることとすれば、政教分離という「制度」の保障が相対化し、制度的保障の意義が事実上没却され得るということである<sup>65</sup>。後者については、政教分離という「制度」の保障を強調しすぎると、信教の自由という基本権の保障それ自体が著しく弱まる可能性があるという批判が向けられている<sup>66</sup>。その背景には、基本権、とりわけ自由権については、各人の具体的な活動に対する制約を排除することをその本質とすることから、公権力の政策的な配慮を前提とする制度的保障の考え方とは適合的ではないとする思想がある<sup>67</sup>。もっとも、このような批判に対しては、制度の核心部分をどのように捉えるかという問題は解釈によるのであって、制度の核心部分を制度の維持・強化や主観的権利の保障に資するように広く捉えることも可能であるとする反論も提示されている<sup>68</sup>。これは、第二の批判から得られる示唆と相まって、制度の核心部分を厳密に捉える必要があるとすれば、それはどのような基準に基づき画定されることとなるのかを明らかにする必要性を示唆するものである。

第六に、制度的保障の観念は、基本権の保障と制度的保障とを峻別しつつ、後者については立法権の裁量の範囲が大きいということを前提として初めて成立するものであるところ、そのような峻別は「国家からの自由」のみを本来の基本権と解する狭い基本権概念に依拠するものであるから、基本権規定が必ずしも「国家からの自由」のみをその内容としているわけではないということと矛盾すると



ということも指摘されている<sup>69</sup>。これによれば、原始的制度保障論が依拠していた狭い基本権観が必ずしもそのまま妥当しない憲法解釈論において、その原始的制度保障論の考え方を受容することは、首尾一貫しないものとされる。これは、憲法解釈において制度的保障論を維持する場合には、制度的保障と基本権の保障との関係を再定位する必要があるということを示唆するものであるといえよう。

以上の制度的保障の理論に対する批判から、(ア)制度的保障にいう「制度」とは何か、(イ)制度的保障にいう「保障」の射程は制度の核心部分に限定されるのか、(ウ)そもそも制度的保障なる観念を定立する意義ないし実益はどこにあるのか、(エ)憲法上の規定から制度的保障の規定はどのように特定されるのか、(オ)制度的保障とされる各規定において、立法権によっても侵すことのできない核心部分があるとすれば、それはどのように画定されるのか、どの程度厳密に特定される必要があるのか、(カ)基本権と制度とはどのように区別されるのか(あるいはされないのか)、ということがそれぞれ問題となることが明らかとなる。これらの各問題について、以下にそれぞれ考察することとしたい。

## 6 「制度」の意義

まず、制度的保障論において保障されるべき「制度」の概念の捉え方については、論者により径庭があるが<sup>70</sup>、ある学説は「日本国憲法のもとで立法者が形成し、たとえば売買や相続、あるいは社会保障といった言葉で表示される人間の行動・状態を実現するのに必要な、法規範の総体」<sup>71</sup>とこれを定義している。これは、「制度」について、原始的制度保障論が主張したような伝統的な制度に限定されないことを示唆すると同時に、それが単

一の法規範により構成されるものではないということを示すものであると考えられる。管見も、基本権規定において保障される「制度」とは、一定のまとまりを有する具体的な「法規範の集合体」を広く包括するものであるとする立場に立つ。憲法制定以前から存在するような伝統的な制度に限定される必要性は見出しがたく、憲法がその設営を要請していると解されるあらゆる制度がこれに含まれるものと考えられるからである。

ここで留意すべきであるのが、「制度」と基本権規定上の「原則規範」(客観的原則規範)との相違である。この相違は、制度的保障の観念を定立する意義ないし実益とも密接に関わるものである。なぜなら、仮に「制度」と「原則規範」とが同一であれば、あえて制度的保障なる観念を維持する意義は乏しいということになると考えられるからである。そもそも基本権には、各人の主観的権利を保障する主観的側面と客観的な法規範を保障する客観的側面とがあるということが指摘されているが、このような二分論的な観点からは、制度的保障については、それが主観的権利を直接に保障するものではないことから、客観的側面に属するといえる。しかし、制度は多数の法規範により構成されているのであって、当該構成要素となる一つ一つの規範(以下「制度構成規範」という)のすべてが憲法上必ずしも直接の保障を受けるわけではないという点において、基本権から直接導かれつつ憲法上の保障を受ける客観的原則規範とは異なるものであるといえる。したがって、基本権の客観的側面に関しては、「制度」と「原則規範」との一応の区別が図られる必要があると考えられる。ただし、立法権が一定の制度を設営しなければならないという規範自体(制度設営義務)については、制度そのものではなく、客観的原則規範に属するとい

うことに留意する必要がある。なぜなら、後述するとおり、制度的保障とは、既存の特定の制度そのものの保障ではなく、公権力（その中心となるのが立法権である）による制度の設営の保障、すなわち制度設営義務の設定を意味するものと捉えるべきであって、それ自体は客観的原則規範にほかならないと解されるからである。

この点につき、憲法21条2項後段により保障されている通信の秘密不可侵を一例として考えてみることにする。通信の秘密不可侵には、公権力が国民に対して当該不可侵の義務を負う前提として、公権力には各人の通信の秘密を侵してはならないという禁止規範が課されており、そこから国民は「通信の秘密を侵されない権利」という主観的権利を有するものと解することができる。同時に、通信の秘密の保障は、通信ネットワークを通じた情報の送受信の自由（通信の自由）を前提としているものと解されることから<sup>72</sup>、ネットワーク上の「自由な情報流通」を最大限に実現しなければならないという客観的な原則規範をも内包しているものと解される。一方、通信の秘密不可侵は、国民の通信の利用を基盤とするものであるため、通信に関する制度（通信制度）の存在を前提に保障されるものであると解されることから、電気通信や郵便・信書便に関する諸制度の安定的な設営をも保障するものと考えられる<sup>73</sup>。学説においては、通信の秘密不可侵は自由の保障を具体化するものであって、制度的保障の規定ではないとする見解も提示されているが<sup>74</sup>、通信制度の設営が保障されていなければ、通信の秘密は実効的に保障される余地が乏しくなってしまう可能性がある。なぜなら、通信の秘密が保障されるためには、国民が安全に安心して通信サービスを利用できる制度的環境が実現されていなければならないと、当該

実現のためには憲法適合的な通信制度の設営が不可欠であると考えられるからである。このように解すると、憲法21条2項後段については、少なくとも、（ア）通信の秘密を侵されない権利という各人の主観的権利、（イ）ネットワーク上の自由な情報流通という客観的原則規範、（ウ）電気通信や郵便・信書便に関する通信制度の設営、のそれぞれを保障することをその保護法益としているものと考えられる。このうち、（イ）については憲法の直接的要請であり、公権力においては、ネットワーク上の自由な情報流通を合理的な理由なしに著しく阻害する法律を制定・運用すれば違憲となると解されるが、（ウ）については制度の設営自体は憲法の直接的要請であっても、当該制度を構成する一つ一つの規範が必ずしも憲法上保障されるものではない。すなわち、現行の法律上の通信制度には、例えば「電気通信事業者は、他の電気通信事業者から電気通信回線設備への接続の請求を受けたときには原則として応じなければならない（接続応諾義務）」（電気通信事業法〔昭和59年法律86号〕32条）という規範や、「郵便料金の設定・変更に際してはあらかじめ総務大臣に届け出なければならない（郵便料金届出義務）」（郵便法〔昭和22年法律165号〕67条1項）という規範など、さまざまな規範が含まれているが、仮にこれらの個々の制度構成規範が部分的に改廃されたとしても、それだけでただちに違憲となるものではない。制度の改廃が国民の「自由な情報流通」を阻害し、通信の秘密の保障（ひいては個人の自律の確保）を著しく困難なものとする事となつて初めて、違憲となる可能性が生じるものと解される。それゆえ、制度構成規範は、他の制度構成規範とともに「集合体」となつて初めて憲法による保障の「候補」（「一応の保障」<sup>75</sup>を受けべき客体）となり、その中で基本権を保障

するうえで必要不可欠と認められる核心部分が憲法上の保障を受けることとなるものである。よって、個々の制度構成規範は、単独で憲法上保障されることとなる客観的原則規範とは区別されるべきものである。その限りにおいて、基本権規定に基づき設営が求められる制度構成規範の集合体としての「制度」と基本権規定から直接導かれる「原則規範」とは異なるものである<sup>76</sup>。そして、通信制度に関する制度構成規範のうち、その欠缺が通信の秘密不可侵に関する保障を著しく困難なものとするもの、ひいては通信の秘密を侵されない権利やその論理的前提となる「通信の自由」の保障にとって不可欠であると認められるもの（例えば、通信事業者による一定の通信役務の提供義務<sup>77</sup>はこれに該当しよう）が、立法権によっても侵すことのできない核心部分として憲法上の保障を受け、それ以外の要素の存否のあり方については、基本的には立法権の合理的な裁量に委ねられるものと解される。

## 7 制度的保障観念定立の意義

### (1) 総論

前述のとおり制度的保障の観念に対してはさまざまな批判がある中で、あえてこの観念に注目する意義はどこにあるのであろうか。そもそも憲法には、一定の制度を定めた規定が少なくないが、例えば国の統治機構に関する規定のように、もっぱら制度のみを含意する規定（国民の権利とは直接の関連性を有しないと認められる規定）を抽出してこれを制度的保障と称することとしたとしても、それは大きな意味をもたないであろう。なぜなら、そのような規定については、それ自体として、端的に憲法上の客観的法規範であると理解すれば足りるからである。むしろ、制度的保障

のあり方は基本権の保障構造と密接な関わり合いを有するというにかんがみれば、制度的保障の観念が有意となるのは、基本権規定との関わりにおいてであると考えられる。換言すれば、制度的保障の下で設営される制度については、憲法規範から直接導かれるものというよりも、むしろ基本権という権利の「媒介」を経て導かれるものであると捉えることができる。憲法規範としての基本権規定から導かれる権利（基本権）を実効的に保障することを目的として一定の制度（法秩序）の設営が保障されることが、制度的保障の本旨であるといえよう。

もとより、基本権規定には各人の主観的権利を保障する側面のほかに、客観的法規範を保障していると解される側面もあることについては前述のとおりであるが、このような保障の二重構造の中で、一定の制度の設営が両側面にまたがる限りにおいて、制度的保障の観念が実質的な意味をもつこととなるものと考えられる。すなわち、憲法が求める一定の制度の設営の保障については、公権力に対する制度設営義務であり、それ自体として客観的原則規範にほかならないが、それが同時に各人の基本権（主観的権利）の保障に不可欠であると認められる限りにおいて、主観的権利の保護法益ないし構成要素となる可能性がある。このとき、一定の制度の設営が基本権の主権的側面と客観的側面との双方の接点となることとなり、ここに制度的保障の観念を用いる意義があると考えられる。

このように考えると、制度的保障については、主観的権利の保障を伴う基本権に関する規定から導出されるべきものであり、憲法上の客観的法規範のすべてにわたってこの観念を当てはめるべきではないということになる。とりわけ、国の統治機構に関する規定については、原則として、主観的権利の保障を

伴わない客観的法規範を定めたものであり、あえてそれを制度的保障の観念の下で理解する必要性が乏しいものと考えられる<sup>78</sup>。そこで、以下の議論においては、制度的保障の観念について、その射程を基本権規定（ただし、基本権にほぼ相当する権能<sup>79</sup>を定めた規定を含む）に限定しつつ、憲法適合的な（基本権の保障に資する）一定の制度の設営を保障するものとしてこれを把握しながら、その意義を考察することとする。

従前の制度的保障の観念をめぐる一部の学説において、致命的な欠陥であったと思われるのが、「権利」と「制度」とが二項対立的に捉えられてきたことである。すなわち、ある基本権規定上の法規範が「制度」として理解されると、それに対する国家の違反行為については「客観的な違憲行為」とであると解され、主観的権利の侵害から「隔離」される結果、当該違反行為に対する国民の司法上の異議申立ての機会が実質的に奪われることとなってきたということである<sup>80</sup>。換言すれば、「制度」違反の公権力の行為により国民が不利益を受けることがあっても、それは事実上の利益ないし反射的利益が侵害されることとなるものにすぎず、提訴を可能とする法的権利・利益の侵害とはならないものと解されてきたといえる。その背景には、公権力の行使に対する不服の訴訟は主観訴訟であって、制度のあり方をめぐる客観訴訟については住民訴訟（地方自治法〔昭和22年法律67号〕242条の2参照）等の法律が特別に用意した形態についてのみ認められるという法理があると考えられる<sup>81</sup>。

しかしながら、制度的保障が基本権の保障に資することを目的とするものであり、基本権の主観的側面にも関わるものである以上、制度的保障とされる法規範に対する違反行為のすべてが国民にとって単に反射的利益の侵

害の問題にすぎないと即断することは妥当ではないと思われる<sup>82</sup>。逆にいえば、制度的保障に関しては、それに対する違反行為について、司法権の扱う主観訴訟の範囲内において、国民に対する司法的救済を与え得るような形で理論を再構成する余地があり、ここに制度的保障の観念を定立する大きな実益を見出すことができるものと考えられる。仮に制度的保障違反となる公権力の行使を国民各人の主観的・個別的な「権利・利益侵害」とであると位置づけることが可能なのであれば、法律上、抗告訴訟（行政事件訴訟法〔昭和37年法律139号〕3条1項）又は当事者訴訟（同法4条）における救済の余地があることとなり、「権利」と「制度」とを二項対立的に捉える見方は克服できることとなろう。

一方、「権利」と「制度」とが二項対立的な関係にないとしても、制度的保障論によると、「制度」を前提としてその範囲内で「権利」が捉えられることとなる結果、「国家からの自由」ないし防御権の思想が完全に放擲されることとなるのではないかという懸念も生じよう。しかしながら、これは「制度」が単に客観的法規範であるにすぎず、各人の「権利」の内容を構成するものではないということとを当然の前提とした考え方であるといえる。すなわち、この前提が成り立たなければ、制度的保障が伝統的な防御権を凌駕することにはならないものと考えられる。なぜなら、仮に「制度」が「権利」の保護法益の客体となる余地のあるものであるとするならば、一定の「制度」の設営を前提として「権利」が捉えられるということは、客観的な「制度の設営に対する権利」が保障される範囲内でより個別の主観的な「権利」が保障されることとなり得るということを意味することとなり、後者の「権利」が「国家からの自由」を構成するものである限り、防御権の基



本的な枠組みを崩すことにはならないからである。はたして制度が権利の保護法益の客体となり得るか否かについては、個別の基本権規定ごとの検討が必要であろうが、少なくとも財産権のような典型的な制度依存型権利については、その前提となる制度が不安定となれば権利自体の成立が危うくなる側面があり、その限りにおいて制度が権利と表裏一体の関係に立っているものということができよう<sup>83</sup>。

更に、複数の制度構成規範からなる「制度」に関して、単一の「客観的原則規範」と同視することが妥当ではないということについては前述のとおりである。それを前提とすると、制度的保障は、単に基本権に内在する客観的原則規範の実現をめざすものというよりも、制度設営義務という客観的原則規範の実現を通じて一定の規範集合体を創設する側面を有するということになる。換言すれば、制度的保障が客観的原則規範の一つであるとしても、その実現のために「大がかりな装置の設置」が必要となるという点において、他の一般的な客観的原則規範を超える側面を有するものといえる。そのような側面が存在するとすれば、それはどのようなものなのであろうか。これまでに述べた視点を踏まえ、以下においては、制度的保障の観念を定立する意義について、更に考察を加えることとする。

## (2) 制度に対する憲法上の地位の付与

制度的保障の観念を定立する意義の一つとして、制度構成規範に対して憲法上の一定の地位を付与するという法的効果を指摘することができる。すなわち、制度的保障は、一定の制度の設営が単なる立法上のプログラム規定<sup>84</sup>ではなく、立法義務に基づくものであり<sup>85</sup>、設営された制度を構成する規範が憲法上保障される余地のあるということを示すも

のである。換言すれば、制度構成規範は、もっぱら客観的な所与の秩序（主観的権利に先行する憲法規範上の秩序）の下で保障されるものではなく、基本権（主観的権利）を実効的に保障するために設営される法規範集合体としての制度という法秩序の構成要素として客観的に保障されることとなる。伝統的な制度的保障論においては、制度の核心部分の不可侵が強調されるあまり、制度の設営に関する立法義務（立法権による積極的作為義務）が明確に定位されてこなかったように思われる。同時に、立法により形成された制度に関する法律の規定（制度構成規範）の解釈に当たり、制度的保障の観念は、一定の指針（解釈基準）を与える効果をも有することとなると考えられる<sup>86</sup>。

もっとも、制度構成規範には憲法上不可欠なものとその限りではないものが混在しており、制度がそのような規範の集合体であることから、両者の区別が不明瞭になっているという側面がある。前述の例でいえば、制度構成規範としての接続応諾義務については、それ自体は憲法上何ら保障されるべきものではないとする見方も可能であろうが、一方で、通信ネットワークは通信事業者間の接続により機能する側面を有することにかんがみれば、通信の秘密や「通信の自由」（ないし「ネットワーク上の自由な情報流通」）を保障するうえで不可欠の規範であるとみることもできる。このとき、制度的保障論の考え方を捨象しつつ、もっぱら憲法21条2項後段の規定の解釈から電気通信事業者の接続応諾義務に関する規範を直接導くことはおそらく困難であるが、同条項が通信制度の設営の保障を含意しているものと解する限りにおいて、この規範が一定の範囲で憲法上「浮かび上がる」こととなるものと考えられるように思われる。それゆえ、制度的保障は、い



わば「隠れた憲法規範」ないし基本権の保障の基盤となる法規範を顕在化させる効果を有するものといえよう。同様に、郵便料金届出義務については、通信の秘密の保障の観点からはただちに「核心部分」となる規範であるとはいいがたいであろうが、他方で、仮に郵便料金がもつばら郵便事業体（郵便事業株式会社）の主観的権利としての「営業の自由」<sup>87</sup>に基づき設定されることとなれば、郵便事業体が恣意的な料金設定を行い、その結果国民が郵便のサービスを簡便に利用することができなくなる可能性もあり、その場合には、通信の秘密ないし通信の自由の保障の前提条件が脅かされることとなるということにも留意する必要がある。もっとも、そのような恣意的な料金設定を防止するための制度のあり方としては、郵便料金届出義務以外の規範も考えられることから、その限りにおいて、具体的な制度設営のあり方に関する立法裁量の余地が認められよう。

このように考えると、制度的保障の下で設営された「制度」のどこまでが憲法上保障されるべきであるか（制度の核心部分であると認められるか）ということについては、多分に基本権規定の趣旨に照らした個別の解釈に委ねられており、制度的保障の理論自体から一義的な回答が導かれるものではないということになる。それにもかかわらずなお制度的保障の観念を定立する意義は、単独では憲法上の保障を受ける余地がないであろう制度構成規範（以下「付随的制度構成規範」という）を、制度の核心部分を構成する「有力な」制度構成規範（以下「核心的制度構成規範」という）と一体的に捉えることにより、憲法上の「一応の保障」の範囲に「取り込む」ことにあると考えられる。換言すれば、基本権の保障のための価値との距離がさまざまな制度構成規範が一群となって制度的保障の客体と

なる「制度」に組み込まれることにより、総体的に基本権の保障に奉仕することとなるといえる。この場合、個々の制度構成規範がすべからず憲法上不可侵の地位を得るものとなるのではなく、その内容が立法権による内容形成により修正されていくことを受容するものが少なくないと解されるが、基本権規定の趣旨から規範的に導かれ得る「制度」の本質（すなわち核心的制度構成規範）を侵す形での修正は認められないものと考えられる。このことから、制度的保障論は、立法による制度の設営において、その核心部分だけでなく、周辺部分についても「一応の保障」の範囲に入ることを旨とする理論に再構成されるべきであるということが示唆される<sup>88</sup>。これは、周辺部分に関する法律上の規定の固定化を招くものではなく、当該部分における立法裁量の余地を不当に狭めるものにもならない。なぜなら、周辺部分を構成する付随的制度構成規範については、常に「公共の福祉」を踏まえた立法上の内容形成による「アップデート」が予定されており、それまでの間の暫定的な保障にとどまるものと解されるからである。いずれにしても、核心的制度構成規範が不可侵となる以上、制度の本質ないし核心部分は何かを解釈上特定することが重要となるのであるが、これを厳密かつ一義的に特定することは、困難を伴う場合が少なくない。

このような制度的保障における制度の核心部分の特定の困難さは、むしろ制度的保障の観念の必要性の積極的根拠となるものと捉えることができるように思われる。我が国の代表的な制度的保障論は、前述のとおり、制度の核心部分が明確なものについてのみにこれを適用すべきであると説き、その一例として私有財産制度を挙げているが、そもそも制度の核心部分が法的に明確なものとそうでないものとを客観的に峻別することができるかどうか

か、疑問である。例えば、憲法29条1項に基づき私有財産制度が制度的に保障されるものと解した場合、私有財産制度を構成する法規範（制度構成規範）には民法（明治29年法律89号）の関係規定をはじめとしてさまざまなものが含まれるが、仮にそれらのうち「核心部分は民法206条の所有権規定であって、他の規定は周辺部分である」というように明言できるのであれば、制度的保障の観念は不要ということになる。しかしながら、例えば「私有財産制度の核心は物的手段の享有に関する制度であり、その基幹となるのは所有権に関する制度である」ということが言い得たとしても<sup>89</sup>、占有権等の他の物権やその他の財産に関する権利については私有財産制度において不可欠の要素ではないとは言い切れない。しかも、制度の核心部分については、特に私有財産制度のような経済的自由権に奉仕する制度に関しては、時代の要請に応じて可変的であると考えられ、法律による内容形成の「見直し」がたえず必要となり得るものである。それゆえ、一定の制度の設営に依存していると認められる基本権については、制度の核心部分を厳密に特定することよりも、包括的に制度的保障論の枠組みの中で把握したうえで、それらにおいては憲法適合的な制度の設営が義務づけられているということに着目することの方がより合理的であるといえよう。

このように考えると、制度の核心部分は抽象的・規範的に画定したうえで、その抽象性に対応する「制度」という広範な概念を設定し、それを構成する各規範（制度構成規範）に対し、憲法上の「一応の保障」を広く与えつつ（ただし、制度の核心部分と認められる規範については現状維持の保障が基本となる）、適宜その具体的な内容を見直していくという方途が必要になるのではないかと思わ

れる<sup>90</sup>。当該見直しの際に、参照されるべきは基本権規定を中心とする憲法規範の趣旨を踏まえた制度の理念であり、当該理念に背反するような立法による内容形成は違憲となり得ることとなる（この点については、制度の核心部分の外縁の画定をめぐるあり方も含め、第9節において改めて考察を加えることとする）。

このように解すると、制度の核心部分が少なくとも理念的に把握し得る限り、その具体的な内容が必ずしも明確なものではなくとも、制度的保障論は有用な理論的枠組みを提供するものであるといえよう。換言すれば、制度の核心部分の内容は、必ずしも常に一義的に確定できるものではなく、かつ時代の要請等に応じてその理解が異なるものとなる可能性もないわけではないということになる。例えば、前述の通信制度についていえば、「国民が安全に安心して通信サービスを利用することを可能とする通信に関する制度」がその保障の核心部分であるとしても、情報通信技術の発展の度合いに応じて当該制度の具体的な内容は可変的なものとなり得ると考えられる。したがって、制度的保障論における制度の核心部分の特定については、憲法がそのあり方を具体的に示していない限り、憲法規範に照らした抽象的・規範的なものにとどめることを基本とし、その範囲内で（特定された理念を逸脱しないものと認められる範囲内で）具体的な核心的制度構成規範の内容形成に関する立法のあり方が検討されるべきであると考えられる。もっとも、制度の設営に対する国民の権利の内実を考えるうえでは、制度の核心部分の射程が一定の範囲で画定される必要が生じ得ると考えられるため、抽象的・規範的な画定のあり方自体が重要な意味を帯びる可能性があるということに留意する必要がある（第9節参照）。

### (3) 基本権の客観的側面の保障強化

一方、制度的保障論は、基本権の保障内容が防御権にとどまるものではないということをも前提として、基本権の保障を強化しつつ、その客観的側面の内実を明確化するものであると考えられる。換言すれば、制度の設営という客観的側面に対する保障が基本権の享有主体の法的利益となるということを明らかにする効果を有する。これを敷衍すれば、以下のように考えることが可能である。

前述のとおり、制度的保障における個々の制度構成規範は、全体として客観的法規範となり<sup>91</sup>、立法権、行政権及び司法権を一定の範囲で拘束することとなる。その場合、基本権の保障の趣旨に照らして本質的であると認められる核心的制度構成規範が立法権によっても侵すことのできない要素となるものと考えられる。同時に、制度的保障に関する条項は、公権力に対し、一定の作為又は不作為を義務づけることとなる。すなわち、立法権においては、憲法上予定される「制度」の内容形成（作為）が義務づけられ、行政権及び司法権においては、それぞれの権限に応じて、当該内容形成に関わる立法措置の具体的な執行（作為又は不作為）が求められることとなる。

このように制度的保障が基本権の保障を目的とするものであって、かつ立法権等に対する義務規範となる限り、憲法上保障されるべき制度の内容形成（設営）が適切に行われない場合、それは国民全体の基本権の保障を阻害し得ることとなる。換言すれば、制度の適切な設営は国民全体の客観的な法的利益であり、制度的保障は、立法権等に対してそのような国民の利益を侵害・排除することの禁止を意味するものとなる。一般に、基本権の主観的側面については、基本権に内在する規範が各人の主観的・個別的な利益の保護に向け

られているということを前提としているが、制度的保障により実現されるべき法益については、客観的・全体的な利益の保護に向けられていると考えられる。なぜなら、一般に、憲法上要求される制度は、国民全体のために設営されるものであるからである。しかし、この客観的・全体的な利益については、必ずしも個別化・主観化の契機を欠くものではなく、むしろ基本的に各人の主観的・個別的な利益に還元し得るものであるといえよう。制度の設営の保障は、各人の基本権の保障に資することを目的とするものであるからである。

例えば、憲法26条1項の教育を受ける権利から一定の教育制度の設営の保障が導かれるとして、当該教育制度の設営が適切に行われない場合には、国民全体の教育を受ける権利の保障が阻害されることとなるが、これは、究極的には国民各人の主観的権利としての教育を受ける権利が侵害されることにも結びつく。したがって、教育制度の制度的保障（立法義務）の裏面においては、国民各人が憲法適合的な教育制度の設営を請求することが規範的に可能とならなければならないものと解される<sup>92</sup>。このような制度的保障により実現される客観的・全体的な利益が各人の（基本権に関する）主観的権利に還元し得るものであり、各人がそれを（立法を媒介として）請求権として行使し得る場合、これを「客観的権利」（としての基本権）と称することができよう。客観的権利は、その法益の適切な保護に対する公権力の義務（制度設営義務）を伴うものであり、その限りにおいて、他者の義務との関わりを有さずに主張し得る主観的権利とは異なるものである。憲法26条1項からは、「適切な教育制度の設営を求める権利」ないし教育条件整備請求権<sup>93</sup>を導くことが可能であるが、これは公権力に対する国民の客

観的権利として定位することができ、当該権利には公権力の教育制度（教育条件）整備義務が対応することとなる。

それゆえ、制度的保障違反となる公権力の作為又は不作為については、単なる反射的利益の問題となるのではなく、国民の客観的権利の「侵害」となり得るものと考えられる。もっとも、この「侵害」がどのような場合に発生すると認められるかということについては、立法裁量の範囲との関係を踏まえ、慎重な検討が必要である。この点については、第9節において別途考察することとする。

他方、制度的保障と主観的権利としての基本権の保障とは、ときに衝突するようにみえることがある。例えば、生存権の保障内容である「健康で文化的な最低限度の生活」を確保するために必要となる制度（以下「生活保障制度」という）の設営により、国民各人における生存権の行使可能な範囲が限定される可能性があり、このとき生存権という主観的権利が制度的保障により制約されるものとみる余地がありそうである。実際、「制度的保障が人権制約根拠になるという表現は強ち誤りではない」と説く学説もある<sup>94</sup>。しかしながら、本来、制度的保障がある基本権の保障に資することを目的としている以上、当該基本権の保障を総体的に弱める形で制度が設営されることは憲法上禁止されなければならないものと考えられる。すなわち、制度的保障が基本権の保護領域を枠づける側面を有するとしても、それは国民全体において当該基本権を適切に行使することが可能となるために必要となる措置として認められるものであって、各人の主観的権利の保障を総体的に弱めるものであってはならないといえる。したがって、前述の生活保障制度の設営については、国民全体の生存権の行使可能範囲を最大化するための立法措置となることが必要であり、

生存権に関する主観的権利の保障を全体として骨抜きにするものであってはならない。むしろ、制度的保障の観念を通じて、制度の設営の保障が主観的権利としての基本権の保障に資することを目的とするということを理論的な基盤としつつ、関係する基本権の「最大の尊重」（憲法13条）を実現するための保障という観点から、設営される制度のあり方が「調整」されるべきものと考えられる。

これに対し、ある制度的保障がその直接の保障に資することのない他の基本権（主観的権利）と衝突する場合（以下「基本権と制度的保障との衝突」という）も生じ得る。公務員選定罷免権（憲法15条1項）の保障に資する公務員制度の設営が公務員の労働基本権の保障と衝突し、それを「制約」することとなったり、勤労の権利の保障に資する勤労条件に関する法定基準（以下「労働制度」という）の設営が事業者の営業の自由（職業遂行の自由）と衝突し、それを「制約」することとなったりする局面がその一例である。このようなときには、基本的に、制度的保障を通じて得られる利益とそれに伴い失われる利益との比較衡量により、両者の均衡点において制度的保障における保障の外縁が決まることとなるものと考えられる<sup>95</sup>。なぜなら、制度的保障も特定の基本権の保障に資するものである以上、制度の設営それ自体が憲法上保護されるべきものであるから、同じく憲法上の保障を受ける主観的権利としての基本権とほぼ同列の関係にあり、その限りににおいて、個別の保護法益の大きさに応じてその優劣を決するよりほかないと考えられるからである。このとき、利益間の比較衡量に関する具体的な基準の設定が求められることとなるが、原則として、制度的保障の核心部分が、国民全体の権利（保護されるべき全体的な利益が基本権に関する個人の利益に還元し得る客観的権



利)と相まって、各人の個別の主観的権利それ自体に優る法益を有しており、それを優先した方が「個人の尊重」の原理の確保によってよりふさわしいと認められる場合には、当該個別の主観的権利の行使は制約され得るものと解するのが妥当であろう。

なお、制度的保障による基本権の客観的側面の保障の強化は、制度の根底にある特定の価値の実現までもめざしたものではないと解される。すなわち、制度的保障の規定により確保されるのは一定の制度の設営とそれに伴う当該制度の利用可能性であって、実際に当該制度をどのように活用するかということについては、国民の選択に委ねられている<sup>96</sup>。それゆえ、制度的保障の規定は、実質的には、各人の基本権の行使のあり方の選択肢を広げる効果を有するにとどまるものであるともいえる。

## 8 憲法上の制度的保障の規定

### (1) 制度的保障の射程

以上の制度的保障の理論の意義を踏まえ、憲法上の制度的保障の規定を具体的に特定することが必要となる。そもそも基本権規定における制度に関する規定には、法規範の集合体としての一定の制度の設営が保障されることが予定されているもの(制度設営の保障)と、ある特定の制度が忌避ないし禁止されることが定められているもの(制度忌避)とがあるといえる。これらの両者を制度的保障と捉えることも理論的には可能であるが、制度忌避については、積極的な保障の対象となる制度構成規範が実定法において存在するものではなく、忌避されるべき制度の創設を禁止するという客観的法規範を定めたものと理解すれば足りると考えられる。したがって、ここでは制度忌避に関する規定については、制

度的保障の観念の射程から除外することとする。もっとも、制度忌避においても、一定の禁止規範が主観的権利の保障に直結し得るものと解され、その限りにおいて制度的保障と類似の性格を有するということには留意が必要である(この点については後述する)。

基本権規定に盛り込まれている制度的保障は広範に及び、各規定間で一定の共通性が見出せる場合がありながらも、規定の性格に応じてその意味するところが相互に異なるものが包含されていると考えられる。それゆえ、各基本権規定について、制度的保障に該当すると考えられる規定を抽出し、それを規定の趣旨、目的等に照らして類型化することが有意となる。もっとも、このような制度的保障に関する規定の抽出は、もっぱら解釈に委ねられる作業である。しかも、既述のとおり、立法による内容形成が求められると解される基本権規定には、もっぱらその保護領域の外縁を画するための内容形成と、それにとどまらず基本権の保障に資する観点から一定のまとまりを有する法規範の集合体を指定するための内容形成とが包含されることから、その体系化は容易ではない。しかし、基本権規定の中で、純粋な主観的権利の保障の要素を超える側面を客観的側面と捉えたうえで、主観的権利の保障のために一定の法規範の集合体に関する内容形成が不可欠であると認められるものについて、当該客観的側面の一端として、制度的保障の観念で広範に捉えることとすれば、関係する基本権の保障構造を浮き彫りにすることに資すると思われる。そこで、以上のような観点を踏まえ、基本権規定における制度的保障について、基本的な枠組みとして、以下の各場合に類型化することとする。



## (2) 基本権規定に基づく制度の具体的内容の設営

第一に、基本権規定が法律による一定の制度の設営を予定しており、基本権の保障が当該制度の枠組みにおける限定的な自由の形成をめざしていると考えられる場合である。これは、一定の制度の設営について、憲法が明示的に法律に委ねている場合（以下「明示的設営」という）、黙示的に法律に委ねていると認められる場合（以下「黙示的設営」という）、黙示的に法律に委ねていることが推定される場合（以下「黙示的推定」という）、の各場合に大別される。

明示的設営の例としては、憲法17条の公の賠償請求権における国家賠償制度の保障<sup>97</sup>、憲法24条2項の家族制度の保障<sup>98</sup>、憲法26条1項の教育を受ける権利における教育制度の保障<sup>99</sup>、憲法27条2項の労働制度に関する保障<sup>100</sup>、憲法29条2項の財産権の内容（財産法制度）に関する保障<sup>101</sup>、憲法31条の法定手続の保障<sup>102</sup>、憲法40条の刑事補償を受ける権利における刑事補償制度の保障<sup>103</sup>が挙げられる。これらにおける制度の設営は、広く基本権の内容形成（立法義務）として捉えることができ、基本権に対する制約とは区別されるべきものであると考えられる<sup>104</sup>。換言すれば、これらの制度的保障のあり方に基づき主観的権利の保障の射程が伸縮することがあり得ても、それが憲法上の基本原理又は基本権規定の趣旨に反し、立法権による合理的な裁量の範囲を逸脱していると考えられない限り、基本権に対する侵害となることはないものと解すべきである（立法に対する司法審査のあり方については第9節において言及することとする）。

黙示的設営の例としては、憲法15条1項の公務員選定罷免権の保障の前提となる一定の公務員制度、憲法15条3項の普通選挙の保障

における一定の普通選挙制度、憲法15条4項の投票の秘密不可侵における一定の投票制度（これは、普通選挙制度の一環を構成する）、憲法21条2項後段の通信の秘密不可侵における一定の通信制度、憲法25条1項の生存権の保障における生活保障制度<sup>105</sup>、憲法26条2項の義務教育及びその無償性の保障において必要となる義務教育制度（これは、教育制度の一環を構成する）、憲法27条1項の勤労の権利の保障において必要となると解される雇用の機会を提供する制度<sup>106</sup>、憲法29条1項の財産権の保障において不可欠となると解される物的手段の享有を最低限の要請とする私有財産制度、憲法29条3項に基づき認められると解される損失補償請求権<sup>107</sup>の保障において必要となると考えられる公用収用等における損失保障制度、憲法32条の裁判を受ける権利の保障における一定の裁判制度（訴訟制度）の設営などが挙げられる。これらの制度の設営については、前述の生活保障制度の例のように、立法により具体化される結果、関係する特定の者の基本権の保護領域を狭めることに結びつく場合がある。例えば、法律に基づき形成される普通選挙制度が、公職選挙法（昭和25年法律100号）により具体化され、それが候補者の表現の自由の保護領域を限定することがあり得る<sup>108</sup>。また、法律上の通信制度において、電気通信事業者等による通信の「監視」ないし管理を実質的に許容する措置<sup>109</sup>が設けられる限りにおいて、監視対象となる通信における当事者の通信の秘密の保障範囲を狭め得ることとなる。更に、法律による裁判制度においても、「行政庁の公権力の行使」に対する訴えにおいて不服申立前置主義が採られているような場合には<sup>110</sup>、その限りにおいて、ただちに裁判を受ける権利が侵害されることとなるものではないが<sup>111</sup>、その原告に対する保障の度合いに一定の制約がか

かることとなる<sup>112</sup>。

黙示的推定の場合とは、必ずしも憲法上一定の制度が不可欠となるとは限らないが、基本権の保障に実効性を持たせる観点からは、一定の制度が法律により設営されることが望ましいと考えられる場合を指す。具体的には、例えば結社の自由（憲法21条1項）に関して、法人格の取得をはじめとする法人に関する諸制度の設営が求められたり、居住・移転の自由（憲法22条1項）に関して、住民基本台帳制度又はこれに相当する制度の設営が求められたりすることがこれに該当する。更に、移転の自由を実質的に保障するために必要となる交通制度や公共施設に関する制度、学問の自由（憲法23条）の保障において必要となり得る学術研究に関する制度、労働基本権（憲法28条）を実質的に保障するために必要となり得る不当労働行為制度などについても黙示的推定の一環として捉えることが可能である<sup>113</sup>。

これらの黙示的推定はいずれも基本権規定の解釈から導かれるものであるが、このように解すると、制度的保障の射程は相当に拡大するとともに、その外縁が不明瞭なものとなることとなる。それゆえ、これらの「制度」については、広義における制度的保障の射程に一応含めつつも、必ずしも論者間で共通の理解が得られた「憲法上の制度」とはいえない側面を考慮し、「推定的な制度的保障」と称することとする。一般の（広義の）制度的保障と推定的な制度的保障との相違に関しては、後者においては、制度の核心部分が非常に不明瞭であることに加え、制度の設営の具体的なあり方が時代の要請等に応じて特に流動的であり、立法権が制度の設営を適切に行わなかった場合であっても、ただちに違憲となるものではないという点にあるといえよう。それゆえ、「推定的な制度的保障」の場

合における立法措置のあり方（とりわけ立法に対する司法審査のあり方）については、今後の学説・判例の蓄積に委ねられているものと考えられる。

### (3) 基本権規定の解釈による制度の具体的な内容の設営

第二に、基本権規定から解釈上導かれる基本権が一定の制度の設営を必要としていると認められる場合である。例えば、職業選択の自由（憲法22条1項）や財産権（憲法29条1項）からは「営業の自由」という基本権が導かれるものと解されるが<sup>114</sup>、この営業の自由は、一定の範囲において、法律に基づく事業者間の一定の競争秩序（公正競争制度）や消費者保護制度を必要とするものと考えられる<sup>115</sup>。私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律54号）、不正競争防止法（平成5年法律47号）、消費者契約法（平成12年法律61号）、消費者安全法（平成21年法律50号）などに基づく制度的な枠組みは、これらを具体化したものであるといえる。同様に、「契約の自由」が憲法から導かれるものと解する場合には<sup>116</sup>、典型契約に関する要件・効果等を定めた契約制度の設営が要請され、民法などに基づく枠組みがこれを具体化したものであるということになる<sup>117</sup>。一般に幸福追求権（憲法13条）から導かれると解されているプライバシーの権利についても、その捉え方にもよるが、個人情報保護制度や政府の情報管理制度の設営を要求する側面を有しているものと解する余地がある。個人情報の保護に関する法律（平成15年法律57号）、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律（平成15年法律58号）等の法律は、個人情報保護制度を具体化するものであると考えられる。同じく幸福追求権（憲法13条）から導かれると解される国民の知る権利について

も<sup>118</sup>、国民各人が「個人の尊厳」を確保することに資する情報公開制度の設営を要求するものであると解される。行政機関の保有する情報の公開に関する法律(平成11年法律42号)等の法律はこれを具体化したものであると考えられる。これらについても、前述の黙示的推定の場合と同様に、「推定的な制度的保障」として位置づけることが可能であろう。

#### (4) 組織に関する制度の具体的内容の設営

第三に、基本権の保障が、必ずしも国民全体に向けて設営される特定の制度ではなく、一定の組織の制度的自治(ないし当該組織の自治に関する制度の設営)を保障することを内包しているものと解される場合がある。憲法23条の学問の自由の保障が大学等の高等教育研究機関という組織の自治(以下「大学の自治」という)をも保障していると解されることは、その典型である。この大学の自治は、学問が主に大学等で実施され発展してきた実情を踏まえ、学問の自由の保障に資するために認められているものであると解される。しかも、この大学の自治は、単に自治に関する制度を保障するだけのものではなく、大学を中心とする高等教育研究機関の主観的権利(自治権)を保障する意味合いをも有するが、大学等を法人としてみた場合であっても、その主観的権利を超える側面(例えば、大学の教員個人の学問上の利益と教授会の権限との対立に関する制度的調整)を有するものと考えられる。したがって、これを国民全体に向けた制度の設営の保障に準じた一種の制度的保障として定位することが可能であると思われる。また、憲法92条の「地方自治の本旨」に基づく地方自治に関する制度の設営の保障についても類似の枠組みで捉えることができよう。すなわち、憲法94条に基づく地方公共団体の自治行政権は、「地方自治の本旨」に

基づき認められるものであることから、地方公共団体という組織の自治をその前提としているといえる。もっとも、地方公共団体が国に対して有する憲法上の権能(自治行政権)については、厳密には国民の基本的な人権ないし基本権とは異なるものと考えられるが、自治行政権が国に対する地方公共団体の固有の機能となることにかんがみると、基本権にほぼ相当する憲法上の権能(以下「基本権相当権」という)としてこれを捉えることが可能であると思われる。その限りにおいて、憲法92条にいう「地方自治の本旨」を体現する地方自治に関する制度の設営の保障については、地方公共団体の基本権相当権の保障に資するための制度的保障の一環として位置づけることが可能であると考えられる<sup>119</sup>。

もっとも、これらは個人の権利に直接奉仕するものではなく、むしろ個人の権利と対立する契機を内包していることから、やや異質の制度的保障であるといえる。すなわち、大学の自治や地方自治の制度的保障は、国民全体の客観的権利の保障となるものではなく、それらに対する公権力の不当な介入は、大学や地方公共団体といった特定の組織の主観的権利・権能を脅かすものとなるにすぎない。したがって、これらの制度的保障を通じて個々の国民が受けるべき利益は、反射的利益にとどまるものと考えられる(それゆえ、大学の学生は大学の「自治権」の主体とはなり得ず、地域住民の「自治権」についても憲法上保障されるものではないと解される)。このような性格を踏まえ、大学の自治や地方自治の保障を制度的保障の枠組みから除外することも理論的には可能である。しかしながら、これらの保障は、一定の組織の基本権又は基本権相当権の保障に資するものであるという点や制度構成規範の集合により法律による内容形成を経て行われるという点においては、

基本権の保障が一定の制度の枠組みの中での自由の形成をめざしているものと考えられる場合と共通していることから、制度的保障の枠組みの中で捉えることとする。

一部の学説は、このような制度的保障の類型を「公法上の制度的保障」と称している。そして、その本質は「国家が最終的な責任を負うべきある『公的任務』を、国家から離れて自治的に遂行するための組織形態の保障」にあると指摘している<sup>120</sup>。公法・私法二元論が克服されつつある状況<sup>121</sup>にかんがみれば、このような名称については必ずしも適当ではないと思われるが、国民の客観的権利の保障を伴う制度的保障とは異質のものであるということを明らかにする点において、他の制度的保障の類型と区別する意義は認められるものと考えられる。

#### (5) 特定の制度の忌避

以上の類型とは別に、基本権規定において一定の制度が忌避されていると考えられる場合があり、これは単に客観的法規範として捉えれば足りるということについては前述のとおりである。しかしながら、このような制度忌避の場合においても、制度的保障との共通項を見出すことができるように思われることから、その具体的な内容について、概観しておくこととしたい。この類型においては、一定の制度の設営について、憲法が明示的に禁止している場合（以下「明示的禁止」という）と、黙示的に禁止している場合（以下「黙示的禁止」という）とに大別される。

明示的禁止の例としては、憲法14条2項の貴族制度の禁止、憲法18条から導かれる奴隷制度の禁止、憲法20条1項後段・同条3項（及び89条）から導かれる政教分離（国教制度の禁止）、憲法21条2項前段の検閲制度の禁止、憲法27条3項の児童酷使の禁止、憲法

36条に基づく拷問・残虐刑制度の禁止、憲法39条に基づく遡及処罰の禁止及び一事不再理（一事再理の禁止）などが挙げられる。これらの禁止の程度は一律ではなく、拷問・残虐刑制度のように絶対的に禁止される制度もあれば、政教分離のように一定の基準に基づき国家と宗教との緩やかな分離が肯定される余地を残していると解される制度もある<sup>122</sup>。

学説においては、これらの明示的禁止に関する保障について、それが主観的権利の保障ではないこと又は主観的権利の保障に仕えるものではないことを理由として、制度的保障の枠組みから除外する見解が有力である<sup>123</sup>。しかしながら、奴隷制度の禁止、検閲制度の禁止、児童酷使の禁止、拷問・残虐刑制度の禁止などが主観的権利の保障に直結することは明らかであると考えられることから<sup>124</sup>、明示的禁止に関する制度忌避が制度的保障ではないとする理由としては不十分であると思われる。むしろ、立法権に対して制度の設営（作為）を義務づけ、制度構成規範の集合を一体として保障するものではなく、単に一定の制度の不設営（不作為）を要求する客観的法規範にとどまるという点にその理由が求められると考えられる。換言すれば、制度忌避については、設営されるべき制度ないし憲法上の「一応の保障」を受けるべき客体が存在しないということに、制度的保障の枠組みと区別する意義があるといえよう。

明示的禁止に関する制度忌避の類型は、主観的権利の保障に奉仕する客観的法規範として、一定の客観的な状態の実現を保障したものであるという点で、制度的保障の規定と深い関わり合いを有する。例えば、憲法18条の奴隷的拘束の禁止については、単に各人に「奴隷的拘束を受けない権利」を保障することを含意するだけでなく、「奴隷的拘束から自由である」という客観的な状態を制度的に



保障しているものと解され<sup>125</sup>、その限りにおいて、「権利」と「制度的保障」の側面とを部分的に併有していると考えられる。

明示的禁止に関する制度忌避の類型において、国民の主観的権利との関係が一般に問題となるのは貴族制度の禁止や政教分離である。とりわけ、政教分離については、公権力が政教分離に背反する行動をとった場合であっても国民の（狭義の）信教の自由がただちに侵害されるわけではなく、それに伴い個人に生じるのは単なる反射的不利益にすぎないと解する考え方が有力である<sup>126</sup>。このような考え方に基づけば、政教分離という客観的法規範は、客観的権利の保障を内包するものではなく、国民各人の主観的権利の保障には直結しないということになる。

しかしながら、特定の制度を禁止する規範と制度的保障の観念とは相互に矛盾し合うものではない<sup>127</sup>。政教分離の場合、特定の宗教に対して好意的な政教分離違反の公権力の行使が当該宗教以外の宗教に対する間接的な強制圧力として作用する可能性は否定できず、その意味において、この不利益を常に単なる事実上の利益の問題として捉えることについては疑問である<sup>128</sup>。むしろ、政教分離には、安定的な政治の保障（宗教による政治的分裂の回避）という主観的権利の保障とは異なる側面が認められるものとしても<sup>129</sup>、各人の狭義の信教の自由を補完する意義も大きく、それゆえ政教分離違反の国家の行為が国民の法的権利・利益を侵害することとなる余地はあるものと考えられる<sup>130</sup>。同様に、貴族制度の禁止についても、貴族制度は直接国民の基本権を制約するものではないようにもみえるが、そのような制度の設営により平等原則に反する状況が実現し、その結果として不利益を受ける個人の尊厳（ないし幸福追求権）が脅かされることは十分に想定される。それゆ

え、明示的禁止に関する制度忌避の法規範についても、特定の制度を忌避することが主観的権利としての基本権の保障に奉仕するものであると一般に捉えることが可能であると考えられ、その限りにおいて制度的保障と類似の性格を有する規範であるということになる。

黙示的禁止の例としては、憲法24条2項に基づく家族制度の保障において「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反する制度（いわゆる家制度等）の設営が禁止されること、憲法25条1項に基づく生活保障制度の保障において「健康で文化的な最低限度の生活」を明らかに下回る制度の設営が禁止されること、憲法29条1項に基づく財産権の保障において「個人の人格的自律を確保しつつその生存権を保障するために必要となる物的手段の享有に関する制度（私有財産制）」の廃止が禁止されると解されること<sup>131</sup>などが挙げられる。これらについては、明示的・黙示的設営の場合における制度の設営のあり方の一内容を構成する規範であり、その意味において、前述の明示的・黙示的設営に関する制度的保障の問題に吸収されることとなるものと考えられる。もっとも、黙示的禁止についても、明示的禁止の場合と同様に主観的権利の保障に結びつくものであるということには留意すべきである。例えば、家制度の禁止は実質的に婚姻の自由を保障することとなろう。また、不適正な生活保障制度の禁止は生存権の実効的な保障に資することとなるとともに、前述の私有財産制の廃止の禁止は主観的権利としての財産権の保障に不可欠の要素であると考えられる。



## 9 制度的保障における「保障」の構造

### (1) 保障の二重構造

制度的保障において行われる「保障」については、具体的にどのような保障を意味するものなのであろうか。この点については、立法権による制度の内容形成に対する義務が前提となるということに留意しなければならないであろう。すなわち、「保障」といっても、憲法内在的に制度の総体がすべからず決定し、それがそのまま「保障」されることとなるというものではない。基本権規定の趣旨を踏まえて憲法内在的に確定し得るのはさしずめ制度の核心部分についてのみであって、制度の総体については、立法権による適切な内容形成が行われること自体が「保障」であると解される。それゆえ、制度的保障とは、一次的には、制度の本質に関わる部分の不可侵の保障であると同時に、制度に関する立法義務（制度構成規範の構築に関する義務）の保障として捉えられるべきであると考えられる。それに加え、立法権により形成された憲法適合的な制度に基づき行政権や司法権がその具体的な運営（法律の執行）を行うということも、ここでいう「保障」に含まれるものと解される。

制度的保障における立法義務には、基本権の実効的な保障の観点から、時代の変化等に適切に対応した制度の継続的な形成に関する要請が含まれると解すべきであろう<sup>132</sup>。したがって、仮に立法権が所要の制度の内容形成を懈怠していた場合には、制度的保障違反として違憲となり得るものと解される。この制度的保障違反の効果については、後述することとする。

もっとも、このような立法による制度の内容形成については、完全な裁量に委ねられて

いるわけではないことは言うまでもなく、前述のとおり、立法義務には二段階の「保障」が内包されているものと考えられる。第一に、制度の核心部分（核心的制度構成規範）については「現状維持（不可侵）の保障」が予定されている。「現状維持の保障」はいわば消極的保障であり、防御権と親和性が高い。したがって、制度の核心部分は、（公権力による侵害から）保護されるべき基本権の核心部分を構成する要素にもなると考えられる。第二に、制度の核心部分以外の部分（付随的制度構成規範）については「一応の保障」が予定されている。「一応の保障」は動態的なものであり、対立する他の考慮事項によって覆される可能性を内包することから、不可侵の保障と大きく異なる。このように「一応の保障」が含まれるという意味において、制度的保障は、制度の核心部分の保障に尽きるものではない<sup>133</sup>。

このように解すると、制度の核心部分がどのように特定されるべきかが重要となり得る。前述のとおり、当該部分は抽象的にしか析出できない場合が多いという側面を有しているが、家族制度や婚姻制度のように、憲法自体が明文の規定で立法裁量の範囲を限定している場合については議論の余地が少ない。問題となるのは、憲法規範からは制度の核心部分の内容が必ずしも明らかではない場合である。この点については、立法権による制度の内容形成との関わりにおいて、学説において以下のような指摘がある。

第一に、原則・例外思考論とでもいうべきものであり、先行する制度に関する立法行為が憲法適合的であると認められる限り、それが「原則」となるという考え方である<sup>134</sup>。この学説は、例えば憲法17条の公の賠償請求権に基づく国家賠償制度の「原則」は、「国家が国民に損害を与えた場合には、原状回復が

できなければ損害の実額を賠償する」ことであることを示唆すると同時に、憲法29条3項の損失補償請求権に基づく損失補償制度の「原則」は、「土地等の収用によって生じた損失を完全に補うこと」であると説いている<sup>135</sup>。しかし、すべての制度的保障においてこのような「原則」が指定できるわけではなく、例えば生存権の保障のための生活保障制度については、「原則」を観念することが困難であるとされている。これによれば、既存の立法において設けられた制度が基本権規定の趣旨の「原則」となっているものと認められる限り、それが制度の核心部分を構成することとなる。

第二に、ベースライン論とでもいうべきものであり、「制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解がある場合」には、そのような理解が憲法の想定するベースラインを構成し、立法裁量を限定するという考え方である<sup>136</sup>。これによれば、「社会で共有されている制度イメージ」は、法律家集団における共通理解を媒介として、制度の核心部分のあり方を限定することとなるとされる。そして、例えば財産権については、「単独所有」を原則とする所有権制度がベースラインとなり、制度的保障の核心部分となるとともに、そこから乖離する立法措置の目的・手段については、少なくとも明白性の基準を充足することが求められるという。

これらの考え方は、いずれも既存の制度や社会共通の理解という非憲法内在型の規範ないし観念が制度的保障の核心部分を特定するための要素ないし基準となる旨を説く点において、共通するといえる。むしろ、「既存の制度」が「社会共通の理解」となったときに実質的に憲法規範化するものと解する考え方であると捉えれば、両者はその基本的な考え方において通底するものであるともいえる。

確かに、制度的保障とされる基本権規定が求める制度の内容について、あたかも抽象的権利のごとく、常に広範な立法裁量が認められるものと解するのは適当ではなかろう。しかし、ベースライン論の主張するような制度イメージが制度の核心部分の外縁を画するという考え方も、その概念の不安定さを否定することができない。

思うに、制度の核心部分は、憲法の基本的な価値に基づき画定される必要があり、「既存の制度」や「社会共通の理解」についても、そのような価値に適合すると認められる場合にのみ、当該核心部分となり得るものと解すべきであろう。すなわち、憲法が要請する「個人の尊重」の原理、基本権の「最大の尊重」、「公共の福祉」の確保、平等原則といった原理・原則と各基本権規定から導かれる制度的保障の趣旨との接点（以下「原理・個別規定接点」という）が制度の核心部分を構成することとなる。したがって、憲法上の原理・原則及び関係する基本権規定の趣旨に適合的な立法上の既存の制度が、制度的保障の下で設営される制度の核心部分となることは十分に考えられる。例えば、前述のとおり、憲法29条1項に基づく制度的保障として私有財産制度の保障が導かれると解する限り、その核心部分については、少なくとも以下の要件を充足する必要があると考えられる。すなわち、(ア)「個人の尊重」の原理に適合的なものであること、(イ)基本権の「最大の尊重」の観点から、国民の人格的自律及び生存権を保障するものであること、(ウ)同様の観点から、自由権を中心とする国民の各種の基本権（例えば表現の自由）の行使を可能とする基盤となるものであること、(エ)基本権規定の趣旨との関係から、財産的価値を有するものに対するさまざまな権利の根幹を構成すること、が制度の核心部分において不可欠の要件とな

る。このような要件に合致するものとして、日常生活に不可欠となる物的手段の単独所有に関する既存の制度を特定することができ、それゆえ「物的手段の享有」が原理・個別規定接点として、私有財産制度の核心部分となり得るものと解される。このように、制度の核心部分の外縁を画定するためには、「既存の制度」や「社会共通の理解」が参考指標となるとしても、本来所要の基準が憲法内在的に導出されるべきものであると考えられる。したがって、先行する「既存の制度」の不備・不存在の場合には、憲法内在的に原理・個別規定接点を特定し、制度の核心部分を抽出する解釈が求められることとなる。

なお、前述の制度忌避の場合、制度の設営が目的とされていないことから、積極的に保障されるべき制度の核心部分が抽象的次元においてさえも必ずしも顕在化しておらず<sup>137</sup>、核心部分とそれ以外の部分との区別の必要性についても疑わしい。このことは、制度忌避を制度的保障の枠組みで捉えることが必ずしも適当ではないということのいま一つの理由を形成することとなるものといえよう。

## (2) 制度設営の保障と基本権の保障との関係 権利と制度設営との同時保障

従前の学説においては、制度的保障の対象となる制度の保障は、基本権の保障を弱める機能を有する旨が指摘されてきたことは既に触れたとおりである。「制度的保障の内容や範囲が明確にされているわけではない」ことから、「制度的保障のためにかえって個人の人權保障が弱まる」という指摘がその典型である<sup>138</sup>。しかしながら、そもそも制度の設営の保障が一律に基本権の保障を抑制するものと捉えることは不適切である。なぜなら、制度的保障は既存の制度そのものを静態的に保障するものではなく、一定の制度の設営を動

態的に保障するものであるため、当該設営のあり方次第で、基本権の保障に対して抑制的にも促進的にもなり得るからである。しかも、もっぱら制度の核心部分（不可侵の部分）の射程に焦点を当てるとしても、それは基本権規定の解釈に応じて変わり得るものであり、一概に核心的制度構成規範の存在が基本権の保障を妨げることとならないといえない。そして、これまで述べてきたような形で制度的保障の射程を再画定することを前提とすると、ある基本権規定が制度的保障の規定として理解されるということは、当該規定に基づく制度の設営が基本権の保障に資することを予定しているということを意味するものと捉えることができる。換言すれば、第7節において言及したとおり、基本権の保障を阻害する制度的保障なるものは憲法上存在し得ないし、仮に制度的保障とそれにより保障されるべき基本権の保護法益とが抵触することとなる場合には、その限りにおいて制度の設営のあり方が見直されるということを原則とすべきであろう。

これらを前提とすると、制度的保障においては、「権利」と「制度の設営」との「同時保障」が行われているものと捉えることができると思われる。すなわち、制度的保障において一定の制度の設営が保障されるということは、当該制度に関する制度構成規範の一体的な保障という意味合いに加え、当該制度が主観的権利としての基本権の保障の前提をなす限りにおいて、当該主観的権利の保障のための重要な要素となることとなる。しかも、当該制度の設営に対する要求について、これを各人への個別的な還元が可能な客観的権利の内実と捉えれば、制度的保障は国民の客観的権利の保障をも含意することとなる<sup>139</sup>。

### 抽象的権利と制度的保障

他方、社会権又は受益権としての基本権の

中には、生存権、公の賠償請求権などのように、しばしば抽象的権利として解されることのあるものもあるが<sup>140</sup>、これらの基本権が抽象的権利であるとされる限りにおいて、立法による具体化を必要とすることとなる。この点については、制度的保障とされる法規範が一定の立法義務を伴うことと符合する。したがって、このような抽象的権利という考え方を維持する場合には、これと制度的保障との関係が問われることとなる。この点につき、ある学説においては、請求権としての抽象的権利について、基本権とそれに対する立法権の関与との関係が対抗的ではなく親和的關係に立つという特徴を有する旨が指摘されている<sup>141</sup>。そして、権利の実現に当たり、それが立法権の広範な裁量に委ねられることから、権利の内実には「未確定性」が大きく、それゆえに憲法の次元においては具体的権利となり得ないものとされる<sup>142</sup>。その結果、これによれば、抽象的権利は実現されるべき「結果」のみを示すものとなる。これに対し、制度的保障は各人の基本権の実現のための法的基盤を提供するものであると説かれている<sup>143</sup>。

思うに、生存権や公の賠償請求権については、それらを直接の根拠とする請求権を認める余地がないわけではないと考えられるが<sup>144</sup>、その点を措くとしても、抽象的権利という捉え方の妥当性には慎重な検討が必要であろう。抽象的権利とされる基本権のうち主観的権利であることが前提とされているものについては、その立法による具体化は、当該主観的権利の行使を現実のものとする効果を有するにとどまる。一方、制度的保障については、前述のとおり客観的権利の保障を内包し、その立法による具体化のあり方は、当該客観的権利が各人に還元可能な利益をその内実とする限りにおいて、国民の個別的・主観的な権利・利益の侵害に結びつくおそれを伴

うものと考えられる。よって、抽象的権利とされる（主観的権利としての）基本権と客観的権利の保障を観念的に内包する制度的保障とは明確に区別されるべきものである。

#### 客観的権利の内実

以上のような抽象的権利の保障と制度的保障との区別を前提としたとき、制度的保障から導かれる国民の客観的権利の内実としての制度の設営に対する要求について、これがもっぱら立法による具体化を必要とする抽象的権利にとどまるものなのか、それとも裁判規範性を有する具体的権利となり得るものかということが問題となる。仮に当該客観的権利が常に抽象的権利にすぎないのであれば、抽象的権利としての基本権の保障と制度的保障における客観的権利の保障とはほぼ符合し、立法裁量という大きな「壁」を前にして、司法的な救済の対象となる権利侵害が認められる余地は乏しくなる可能性が高い。これに対し、当該客観的権利の内実が具体的権利性を有するものであれば、制度的保障違反の公権力の行為に対し、司法的救済の途を拓くことにも結びつく可能性がある。

この問題については、厳密には個々の制度的保障の規定の趣旨に基づき検討する必要があるが、基本的な枠組みとしては、第8節でみた制度的保障の各規定の性質に応じて、以下のように考えるべきであると思われる。すなわち、第一に、制度の明示的・黙示的設営が求められている場合において、関係する基本権の行使を可能とする何らかの制度を立法権が法律により形成することを求める権利（以下「制度予定時の制度設定請求権」という）については、原則として具体的権利性を認めることができると考えられる。なぜなら、明示的・黙示的設営とは、基本権の保障に当たり一定の制度が不可欠となるということを憲法が予定しているものであるところ、仮に



何らの法律上の制度も設けられていない場合には、国民全体において当該基本権を行使することが困難となるからである。しかも、憲法上の明文で「法律の定めるところ」が規定されている場合（明示的設営の場合）には、その「法律」がまったく制定されていない状態は、明らかに立法不作為による違憲の状態であるといえる。例えば、憲法26条1項において明示的に求められている教育制度に関しては、国民各人は「能力に応じてひとしく教育を受ける権利を保障するための教育制度に関する（何らかの）法律の制定を求める権利」を具体的な客観的権利として有しているものと解される（よって、仮に学校教育法〔昭和22年法律26号〕等の所要の法律が何ら制定されていなかったとすれば、それは憲法26条1項を根拠とする客観的権利の侵害となるものと解される。ただし、法律に基づき設けられた既存の教育制度に関する規範の一部の改善を求めること〔教育条件の整備請求〕については、別問題である）。

第二に、制度の明示的・黙示的設営が求められている場合において、立法権が一定の制度を形成していても、それに重大な不備が認められるときや当該制度の著しい後退が行われたときに、当該不備等に関する部分の新たな制度形成を求める権利（以下「制度予定時の具体的制度構成規範形成請求権」という）については、当該不備等が制度の核心部分を構成するか否かの判断に応じて、抽象的権利か具体的権利かの区別が行われるべきものと考えられる。請求対象となる新たな制度形成の内容が核心的制度構成規範である場合には、第一の場合と同様に、その設営の不備に伴い国民全体が関係する基本権を適切に行使することが困難となる限りにおいて、当該制度の形成を求める客観的権利に具体的権利性を認めることが可能であるのに対し、それ以

外の場合には、必ずしも基本権規定に対する違反であるとはいえず、具体的権利性を認めることができないものと考えられる。後者の場合、立法上の不備等に関する部分の新たな制度形成を求める権利については、少なくとも憲法が立法権に対して制度の設営を要求している以上、抽象的権利としては認められ、立法による具体化を通じて具体的権利性を帯有する可能性を内包することとなるものと考えられる。前述の教育制度についていえば、例えば「（公立学校における超高速ブロードバンド・インターネットの配備等の）具体的な教育条件・教育環境の設営を求める権利」（教育条件整備請求権）については抽象的権利にとどまるものと解され、そのような教育条件の整備を求める具体的な権利が立法の次元において特定されない限り、ただちに裁判規範性を有するものとはならないと解される。

第三に、制度の黙示的推定が認められる場合及び基本権規定から解釈上導かれる基本権が一定の制度の設営を必要とすると認められる場合において、関係する基本権の行使を可能とする何らかの制度そのものないし制度構成規範を立法権が形成することを求める権利（以下「制度推定時の制度設営請求権」という）については、原則として、具体的権利性のもとより抽象的権利性をも認めることが困難なものと考えられる。なぜなら、当該制度の設営ないし制度構成規範は基本権の保障において必ずしも不可欠なものであるとはいえず、その形成の必要性に関する判断そのものが基本的には立法裁量に委ねられているものと考えられるからである。例えば、住民基本台帳制度については、仮に立法においてそれに関する規定を欠いていたとしても、ただちに居住・移転の自由の保障の趣旨に反することとなるものではないと考えられることが



ら、その創設の可否自体が原則として立法裁量に委ねられているものと解され、「居住・移転の自由を保障するための住民基本台帳制度に関する法律の制定又は当該制度の具体的な設営を求める権利」を国民が（客観的権利として）当然に享有するものと解することは困難であると考えられる。

ただし、第三の場合において、立法権により形成された既存の制度における規律が「後退」するような新たな内容形成が行われるときには、憲法の原理や社会の共通理解に照らし、当該制度の「後退」部分が制度的保障における核心的制度構成規範を構成するに至っていると認められる限りにおいて、例外的にそのような「後退」の差止めを求める権利（以下「制度推定時の核心的制度構成規範後退差止請求権」という）が抽象的権利として認められ得るものと解される。例えば、既存の法秩序の下で現に設営されている不当労働行為に関する規律（労働組合法〔昭和24年法律174号〕7条参照）が合理的な理由なく廃止されることとなる場合には、当該規律が憲法上保障されるべき労働制度（又は不当労働行為制度）における核心的制度構成規範を構成しているもの（労働基本権や勤労の権利の保障に不可欠なもの）と認められる限りにおいて、そのような制度の後退の差止めを求める抽象的権利が労働基本権の保障の一環として認められ、当該権利が立法において具体化されれば実際に行使可能となるものと解される。

以上のような観点にかんがみれば、制度的保障から導かれる客観的権利については、それが抽象的権利にとどまる限りにおいて、その具体化が立法権の合理的な裁量に委ねられている部分が大きいものとみることができそうである。他方、核心的制度構成規範については立法権によっても侵すことができず、

「基本権による立法権の拘束」により基本権の保障の趣旨を逸脱するような立法が許されないことにかんがみると、当該核心的制度構成規範に対応した客観的権利（核心的制度構成規範の確保・不可侵を求める権利）の内容の具体化については、立法裁量の範囲が限定されるということになる。いずれにしても、一定の範囲での立法裁量の余地が認められる限り、制度的保障及びそれに対応する客観的権利により、（それが抽象的権利である場合には立法を媒介として）主観的権利の保護領域が限定されることとなる場合であっても、ただちにそれが違憲となるものではないと考えられる。なお、一般に、主観的権利の場合、権利の保障される範囲とそれに対する「制約」との関係が二律背反的であるのに対し<sup>145</sup>、制度的保障の場合、保障（設営）される制度の内容とその限界とが明確に峻別されるものではないということに留意する必要がある。

### (3) 制度的保障に対する司法的救済

一般に、従前の制度的保障論においては、ある規定が「制度」の保障の問題であるということは、「権利」の問題ではないということと同視され、法律上格別の客観訴訟が認められていない限り、制度的保障違反の公権力の行為をめぐる出訴は認められないものと解されてきた<sup>146</sup>。もっとも、近年では、このような考え方に対する疑問から、制度的保障に反する制約に対しても司法的救済を求めることが可能となる余地があるのではないかという問題提起も行われているが<sup>147</sup>、その理由については必ずしも明らかにされていないように見受けられる。

しかしながら、制度的保障が主観的権利としての基本権の保障に資すると同時に、それ自体として客観的権利の保障を内包しているものであると解する限りにおいて、当該客観

的権利が具体的権利性を有することとなれば、制度的保障に対する侵害については権利侵害として司法的救済の対象となるものと解する余地があるということになる。すなわち、前述のとおり、伝統的な「権利」と「制度」とを対峙するものとして捉える見方からは、「制度」に対する侵害は権利侵害となる余地がなく、反射的利益（の侵害）の問題となるにすぎない。ところが、再構成された制度的保障論の考え方の下では、制度の設営の中に主観的権利としての「権利」の構成要素ないし前提と客観的権利の保護法益とが「共存」しているとみることができる。このとき、主観的権利の構成要素が侵害されるということと、各人の当該主観的権利に還元し得る客観的権利が侵害されるということとの双方から、制度的保障違反の公権力の（不）行使に対する司法上の救済を認めることが可能となり得るものと解される。

このとき、そのような可能性の認定に関する一次的な判断基準については、制度的保障から導かれる客観的権利の具体的権利性の有無に求めるべきであると思われる。なぜなら、具体的権利としての客観的権利の侵害は、当該客観的権利の保護法益が国民各人に還元し得る個別化・主観化の契機を内包していることを踏まえれば、主観的権利の構成要素の侵害に直結すると考えられるからである。例えば、基本権の中で法律による制度の設営を通じて初めて現実に行使することが可能となるもの（明示的・黙示的設営の場合）については、設営される「制度」が「権利」の構成要素となるものと捉えることが可能である。したがって、立法による制度の設営以前の段階においては、当該権利は潜在的なもの（現実には行使困難なもの）にとどまっているといえる。それゆえ、このような制度の不設営は、主観的権利としての基本権を侵害する可能性

があるものであるといえる。同時に、そのような「制度」の設営の請求が客観的権利の現実となっていることにより、当該客観的権利が立法を通じて具体的権利性を有すると認められる場合（制度の設営のあり方が法律において具体化されている場合）には、制度の不設営が国民全体の基本権（客観的権利）を侵害するものとなるともいえる。

このような考え方に基づくとき、制度予定時の制度設定請求権、核心的制度構成規範に関する制度予定時の具体的制度構成規範形成請求権については、具体的権利性が認められる客観的権利として定位することが可能であることから、制度的保障違反の公権力の（不）行使がそのような客観的権利及び（制度の設営を前提とする）主観的権利に対する侵害と認められる場合には、司法的救済の対象となるものと解される。一方、付随的制度構成規範に関する制度予定時の具体的制度構成規範形成請求権や制度推定時の核心的制度構成規範後退差止請求権については、憲法を直接の根拠として当該請求権を行使することは困難であろうが、それらの権利が立法により具体化されていると認められる場合には、同様に司法的救済の対象となり得るものと解される。

以上の帰結について、具体的な基本権規定に基づき敷衍することとする。例えば制度の明示的設営が求められている憲法17条の公の賠償請求権に関して、立法権が不作為により何ら国家賠償制度を用意していなかった場合を仮定する。このとき、法律に基づく国家賠償制度は、国民全体の公の賠償請求権の行使とそれに対する国又は公共団体の損害賠償責任を認めるための基盤となるものであり、かつ当該制度は関係者各人によって権利行使に際して活用される（主観的・個別的利益を構成することとなるものであるから、その法

律による設定を求める権利が具体的権利としての客観的権利（制度予定時の制度設定請求権）となるものと解される。この客観的権利が保障されない限り、国民は潜在的に賠償請求権を享有する地位に立つにすぎず、実際にそれに基づき国又は公共団体からの相応の金銭賠償を受けることが困難となる可能性がある。その場合、このような制度形成の不作為が、主観的権利としての公の賠償請求権を部分的に侵害し得るともいえる。よって、このような立法不作為は、個人の基本権の侵害（司法的救済の対象）として定位することが可能であろう。ただし、立法権により設定された国家賠償制度の個々の内容の不備等の是正を求める権利（制度予定時の具体的制度構成規範形成請求権）については、それが核心的制度構成規範に関するものでない限り、抽象的権利にとどまるため、その実際の権利行使可能性ないし権利侵害可能性については立法においてそのような権利が認められているか否かによることとなる。

このように、制度的保障違反に対する提訴については、「法律上の争訟」として司法審査の対象となることが認められる余地があるものと考えられる。このとき、客観的権利の侵害が行政庁の作為又は不作為により発生しているものと捉えられる場合には、抗告訴訟の提起の余地があろう。このように解する限りにおいて、設営されるべき制度の欠缺に伴い行政庁による一定の処分が行われない場合には義務付け訴訟又は不作為の違法確認訴訟等が、設営された制度の不備に伴いそれに基づく行政処分に瑕疵が認められる場合には取消訴訟（又は無効確認訴訟）が、それぞれ妥当することとなろう。他方、制度的保障は一次的には立法権により行われるものであることにかんがみると、本来は「行政庁の公権力の行使に対する不服の訴訟」（行政事件訴訟

法3条1項。傍点は筆者による）に必ずしも適合的ではないことから、現行法制の枠組みにおいては、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（同法4条）としての当事者訴訟（確認訴訟）の提起という方が活用される余地が高いように思われる。

もっとも、憲法上要求される制度に関する立法上の不備があればただちに制度的保障違反となるわけではないことは既に示唆したとおりである。国家賠償制度についていえば、例えば仮に国家賠償法6条に相当する規定（相互保証主義の定め）が欠けていたからといって、ただちに制度的保障違反となるわけではないということである。その理由として、当該規定の欠缺によりただちに国民による公の賠償請求権の行使が困難となるものではなく、基本権の侵害とは認められないということが挙げられる。これは、国家賠償法6条の規定は、付随的制度構成規範であるということを意味する。付随的制度構成規範は憲法上の直接の保障対象となるものではなく、核心的制度構成規範と一体となって初めて保障の射程に入り得るものであるから、制度的保障違反が認められるためには、核心的制度構成規範に関する欠缺ないし不備が肯定されなければならないものと解される。

以上を総括すると、制度的保障に違反する公権力の行為に対する救済のあり方について、以下の帰結を導くことができると思われる。すなわち、憲法上制度の明示的・黙示的設営が求められている場合において、制度の不形成（立法不作為）や核心的制度構成規範の設営に対する憲法非適合性が認められる場合には、各人の基本権に対する侵害として、これを裁判において争うことが認められ得る。しかし、もっぱら付随的制度構成規範の設営に関する問題にとどまる場合には、各人の基本権をただちに侵害するものとは認めら

れないことから、当該設営のあり方とそれに対する国民の請求権が立法において特定（具体化）されている場合や制度設営のあり方をめぐる訴えに関して客観訴訟が法律上認められている場合を別論とすれば、原則として司法上の救済対象とはならないものと解される。この点については、推定的な制度的保障に対する違反のうち、核心的制度構成規範に関わるものと認められる場合についてもほぼ同様である。このように解する限り、ある憲法規範が制度的保障であれば当然に司法的救済の対象とならないとする従前の議論については、部分的に修正されるべきものであると考えられる。

#### （4）制度的保障に関する司法審査

制度的保障の下で設営される制度に関する立法について、その司法審査のあり方をどのように考えるべきかという問題もある。ある制度の設営のための立法が権利の保障にとって不可欠である限り、当該立法に対する緩やかな司法審査の可能性（司法消極主義）が導かれる余地がある。とりわけ、制度の明示的・默示的設営が要求される場合には、当該制度が（経済的）自由権に関するものか社会権に関するものかの区別に関わりなく、関係する立法措置に対しては違憲審査の消極性が正当化されるようにもみえる。実際、学説においては、財産権と生存権の制度依存型権利としての同質性が指摘されている<sup>148</sup>。

しかしながら、このような考え方は以下の2点において妥当ではないと思われる。第一に、立法による具体化の必要性は司法消極主義をただちに導くものではない。なぜなら、憲法上の原理・原則及び既存の法秩序を通じて、制度の設営のあり方に関して一定の審査密度を確保する余地はあるのであって、制度を通じて創設された権利であることを理由と

して当然に司法消極主義を採用することとする理由が明らかではないからである<sup>149</sup>。例えば、憲法13条は公権力に対して基本権の「最大の尊重」を義務づけているものと解されるが、これを前提とする限り、基本権を具体化する立法に関しても、権利の保障を最大限に充実させるものでなければならず、立法のあり方に対する司法上の審査密度についてもそのような観点から検討されるべきであるということになる<sup>150</sup>。ただし、後述するとおり、これは制度の設営に関する立法が厳格な違憲審査基準に服するということを必ずしも意味するものではない。

第二に、制度的保障に関する規定の中でも、社会権の保障における制度の設営と社会権以外の基本権（自由権等）の保障における制度の設営とに対してまったく同一の審査密度を要求することは必ずしも適当ではないように思われる。なぜなら、社会権の保障においては、公権力においてさまざまな生活保障、労働環境保障等に対する必要性を充足することが要求されるとともに、これらの保障の程度が各当事者の状況によって一律的なものではなく、多様な配慮を要することにかんがみると、制度の設営に関する公権力の一定の広範な裁量が前提となるものと解されるからである<sup>151</sup>。このことは、第一の点と矛盾するようにもみえるが、一定の範囲で立法裁量を当然に認めつつ、立法のあり方の審査に関して一定の厳格性を保つことは何ら不合理なものではない。

生活保障制度にせよ労働制度にせよ、基本権の保護領域の「縮小」を必要最小限度とすることが要求される自由権（防御権）等の場合における制度の設営とは異なり、保障されるべき制度の設営のあり方の枠組み（外縁）が基本権規定の趣旨の解釈により客観的に定まることとなるものと考えられる。例えば、



「健康で文化的な最低限度の生活」を具体化する生活保障制度のあり方に対する審査については、生存権の保護領域の「縮小」の度合いのないし生存権に対する制約の程度が最小化されているかという観点からではなく、そのような生活に関する評価のない生活保障の給付水準を国民の消費動向等の客観的な情報に基づいて析出し、それに基づき実際に設営された制度が憲法規範に照らして不合理なものではないか否かを検討することが求められる。同様に、労働制度のあり方に対する審査についても、国民の労働事情等に関する客観的な情報に基づき析出された「勤労条件に関する望ましい基準」に照らし、憲法上の原理・原則等との関係において、実際に設営された労働制度が不合理なものではないか否かが検討されることとなる<sup>152</sup>。

これに対し、経済的自由権である財産権を具体化する財産法制度のあり方に対する審査においては、制度の設営により、(私有財産制を不可侵の部分とする)財産権の保護領域が限定的となる程度が必要最小限度のものとなっているか否かの観点から、その妥当性が判断されることとなる。すなわち、社会権の場合と異なり、制度的保障に関する立法の妥当性が基本権の保護領域の縮小幅との関係を踏まえて判断されることとなる。

制度の設営に関する立法裁量の範囲については、当該裁量に基づく立法措置が正当化される必要条件として、原則として比例原則の考え方(比例性の確保を要求する考え方)が妥当するものと解すべきであろう<sup>153</sup>。権利の保障を最大限に充実させることが制度の設営に対する憲法上の要請であるところ、設営される制度は権利の保障という目的と適切な比例関係(均衡関係)にない限りならぬと考えられるからである。すなわち、制度的保障はあくまで基本権の保障に資することをその

目的としていることから、基本権の保障の趣旨に著しく抵触する形での立法は認められず、過剰又は過少な立法措置についても禁止されるものと解される<sup>154</sup>。したがって、例えば労働制度の設営については、職業選択の自由の保障の趣旨に背反するほどに私的自治を制約するものであれば過剰介入の禁止の原則に反することとなり、逆に勤労条件に関する一定の明確な基準の設定を懈怠すれば過剰介入の禁止の原則に反し、それぞれ違法となり得る<sup>155</sup>。もっとも、比例原則はそれ自体として審査密度については中立的であるが<sup>156</sup>、制度的保障に関する立法については、厳格な審査基準による判断枠組みが必ずしもなじまないように思われる<sup>157</sup>。すなわち、立法による制度の設営は、基本権の保障に資することを目的とするものであって、基本権の「制約」ではないことから、それを基本権の制約のための立法と同視して、厳格な審査密度を適用することは不相当であると考えられる。

以上の各点を踏まえると、制度的保障のあり方に関する違憲審査については、もっぱら司法消極主義によるものと捉えるべきではなく、一定の範囲での立法裁量の余地を認めつつ、その統制のあり方に関して比例原則の考え方を適用したうえで、その審査密度に関して自由権の場合と社会権の場合との一応の区別を図る必要があるものと考えられる。すなわち、社会権の場合においては、立法を通じて設営される制度が、各人の状況等に応じた多様な配慮に基づき枠づけられるとともに、当該制度の内実が時代の要請等に対応して漸進的に形成されていくこととなる。それゆえ、社会権の場合には自由権等の場合よりも立法裁量の範囲が広いものと解すべきであるが、いずれの場合であっても、権利制約的な立法の場合と異なり、厳格な違憲審査基準の適用にはなじまないものと考えられる。換言

すれば、制度の設営に関する立法の司法審査に際しては、厳格ではない違憲審査基準の適用を前提としつつ、自由権等の保障に関する制度設営と社会権の保障に関する制度設営との間に一定の差異を設けることが妥当であると考えられる<sup>158</sup>。

#### (5) 内在的制約論の再構成

制度的保障の観念は、基本権保障制約原理としての内在的制約の考え方にも一定の見直しを迫るものである。従来多くの学説において、基本権の制約事由としての内在的制約については、基本権同士の衝突に基づく制約を意味するものと捉えられてきたところである<sup>159</sup>。しかし、内在的制約とは、「憲法内在的な制約」として捉えることが可能であると考えられることから、基本権同士の衝突に限定されるべきではなく、より広く憲法規範ないし憲法上の価値原理相互間の衝突として理解されるべきであると考えられる<sup>160</sup>。

このような観点からは、前述の基本権と制度的保障との衝突についても内在的制約に含めて捉えることが可能となる。例えば、「公務員制度の設営の保障」のために公務員個人の主観的な労働基本権が「制約」されることとなる場合については、内在的制約と位置づけられる余地がある。しかしながら、このような場合には、制度の設営のために基本権が内在的に「制約」されるのではなく、憲法適合的な制度が設営されることに伴い基本権の保護領域が限定的に画定されるものと解すべきであるように思われる<sup>161</sup>。なぜなら、憲法適合的な制度の設営は究極的には「個人の尊重」の原理の確保を目的として行われるものであって、そのような制度により影響を受ける基本権の保護領域は、当該制度と適合的な形で形成されるべきであると考えられるからである。もちろん、そのような制度の設営の

前提として、制度の構築に伴い得られる利益とそれにより失われる利益との適切な比較衡量が必要となることは当然であるが、そのような利益の衡量を経て設営された制度に関する立法趣旨が損なわれるような行為については、基本権の保護領域に含まれないものと解される。したがって、制度的保障に基づく制度設営義務は、それと「衝突」し得る基本権の保護領域を憲法規範に照らして画定する立法義務を伴い、そのような形で形成された制度を適切に運営することが「公共の福祉」の内容になっているといえよう。

## 9 結 論

基本権の観念については、「国家からの自由」ないし防御権としての側面を基軸としつつも、「国家による自由」に根ざす社会国家的側面があるほか、全方位的ないし価値的な客観的側面が認められ、その一環として、制度的保障論は位置づけられる。これらの複数の異なる基本権観は相互に入り組んでいるが、基本権を制度的に保障するという考え方については、「基本権による立法権の拘束」を考慮するうえで不可欠の要素となっているものと考えられる。各基本権にはその保障根拠となる価値ないし原理が内在していると考えられるところ、客観的法規範の一部としての当該価値・原理の多くが法律に基づく「制度の設営」の助力によって具体的に実現することとなるものと解されるからである。

本稿における考察を総括すると、今日の憲法解釈論における制度的保障については、以下のように再構成されるべきであると考えられる。すなわち、(ア)制度とは一定のまとまりを帯びた憲法適合的な法規範の集合体を表す、(イ)制度的保障とは公権力による憲法適合的な制度の設営を保障するものであって、

特定の制度そのものを保障するものではなく、よってその保障は制度の核心部分に限定されるものではない、(ウ)制度的保障の観念を定立することについては、(a)憲法の予定する一定の制度の設営について、それが単なるプログラム規定として定められているのではなく、公権力の義務(立法義務等)を内包するものであるということを示すこと、(b)設営された制度を構成する規範は少なくとも憲法上の「一応の保障」を受ける地位を与えられたものであるということを確認すること<sup>162</sup>(制度の形成過程において、およそ単独では憲法上の保障を受けることのない法規範が「制度」に組み込まれることにより、憲法上の「一応の保障」を受け得る地位にまで高められること)、(c)制度の設営の保障が、個別的な主観的権利の構成要素であると同時に、制度設営義務に対応した全体的な客観的権利の保護法益にもなっていることを示し、一定の制度設営の不備等に対する司法的救済(主観訴訟)を認めるための理論となり得ること、といった点において一定の積極的意義を有する、(エ)憲法上の制度的保障は基本権規定(基本権相当権に関する規定を含む)に関するものに限られ、その制度設営の保障の態様には複数の階層(明示的・黙示的設営、黙示的推定、組織の制度的自治等)がある、(オ)制度構成規範には立法権によっても侵すことのできない核心的制度構成規範が含まれるが、その射程は必ずしも厳密に特定される必要性はなく、憲法規範に照らして抽象的・規範的に特定され、それにより制度の設営に関する客観的権利の具体的権利性が明らかとなれば十分である、(カ)制度的保障の下で設営される制度は基本権の保障を目的とするものであり、基本権の対抗物ではなく、関連する基本権の保護領域を画定するための要素となり得るものである、といった整理に

基づき、制度的保障論を定位すべきであると考えられる。

具体的には、憲法15条1項(及び同条2項)から導かれる公務員制度、同条3項・同条4項から導かれる普通選挙制度、憲法17条の国家賠償制度、憲法21条2項後段から導かれる通信制度、憲法23条から導かれる大学の自治に関する制度、憲法24条2項の家族制度、憲法25条1項から導かれる生活保障制度、憲法26条1項の教育制度、憲法27条2項の労働制度、憲法29条1項から導かれる私有財産制度、同条2項の財産法制度、憲法31条の法定手続(に関する制度)、憲法32条から導かれる裁判制度、憲法40条の刑事補償制度、憲法92条の地方自治に関する制度などが本稿にいう制度的保障に関する規定として挙げられる。もっとも、これらに加え、基本権規定の解釈上導かれ得る「推定的な制度的保障」についても同様の枠組みで捉えることが可能であるが、「推定的な制度的保障」の具体的な対象については、見解の一致をみるに至っていないため、今後の議論の蓄積が期待されるところである。

他方、憲法14条2項の貴族制度の禁止、憲法18条から導かれる奴隷制度の禁止、憲法20条1項・同条3項から導かれる政教分離(国教制度の禁止)、憲法21条2項前段の検閲制度の禁止、憲法27条3項の児童酷使制度の禁止、憲法36条に基づく拷問・残虐刑制度の禁止、憲法39条に基づく遡及処罰の禁止及び一事不再理(一事再理制度の禁止)などの基本権の保障に資するための特定の制度の忌避を要求する規定については、制度構成規範が集合体として保障されるものではないこと、積極的に保障されるべき制度の核心部分が必ずしも顕在化しているわけではないことなどから、制度的保障とは一応区別されるべきものである。しかしながら、これらの客観的法規

範についても、それが主観的権利としての基本権の保障に奉仕するという点において、制度的保障と共通した性格を有するという点に留意する必要がある。

もっとも、以上の雑駁な結論は、核心的制度構成規範と付随的制度構成規範との区別に関する基準の確立、「推定的な制度的保障」の具体的な対象の確立等において、一定の課題を残したものとなっている。そのような理論としての未成熟さを踏まえてもなお、基本権の保障構造を把握しつつ、それには国民全体の利益に資する「客観的権利」が内在しているということをも明確化するうえで、制度的保障論の再構成を試みる一定の意義は存在すると思われる。

## 注

- 1 我が国における「基本権」の概念については講学上のものであるが、その射程については、(ア)憲法3章において保障されている権利を指すものと捉える考え方、(イ)憲法3章において保障される権利のほか、各種の国民の憲法上の権利(国民投票権等)も含めて捉える考え方、(ウ)国民の権利に限定されず、憲法上の権利すべてを含めて捉える考え方などがあり得ると考えられる(長尾・概念124-127頁参照)。(ア)の概念については「基本的人権」に対応するものであるが、基本権はより広範な射程を有する権利であると解される。他方、国民の権利とそれ以外の主体(例えば地方公共団体)の権利ないし権能とはその性格が完全に一致するものではない。したがって、ここでは(イ)の考え方を採ることとする。すなわち、憲法上の国民の権利を「基本権」と称することとする。
- 2 その意味において、これらは基本的には立法による内容形成になじまない基本権であるといえる。
- 3 ある学説も、「憲法の保障する自由には、自然的ではない、法制度の創造物である、その意味で人為的自由がある」と指摘している(小山・内容形成151頁)。このような観点から、この学説は、「基本権の法律への依存を否認できないとすれば、この依存関係を正面から認めたらうで、法律への依存と憲法の自立とを両立させる方が探られなければならない」と説くが(小山・内容形成154頁)、制度的保障の理論は当該方途の一端を構成するものとなり得ると考えられる。
- 4 ある学説は、我が国においては、「国民の自由や権利というのは、国家があればこれ面倒をみてあげることで初めて実現できるものである」と考えられてきた」と指摘している(棟居・再論59頁)。
- 5 ここでいう制度依存型権利については、「憲法によって決定された法制度の基本原則が濃淡はともかくとしてまず前提され、その枠のなかでさらに立法者が具体的な内容を決定するという関係」(渡辺・限界3頁)を伴うこととなる。
- 6 憲法25条1項の生存権の保障がその典型である。穴戸・展開162-163頁参照。
- 7 例えば、渡辺・限界2-3頁、長谷部・理性128-138頁、小山・作法115-133頁参照。同時に、自由権としての基本権についても、「絶対権」ではなく、「公共の福祉」との調整を経た国家の行為規範として解釈されるべきであるとする旨の主張も提示されている(鶴澤・自由権論261頁)。
- 8 西原・位相206頁。この学説は、基本権について、「特定の条件を満たした場合に常に効力を発すべき準則」としての「条件プログラム」としての構造を有するものと捉えている。しかし、基本権の客観的側面、制度的側面が強調されることとなると、基本権の解釈は「政治的なプロセス」となり、「誰でもが適用できる客観的な基準」による営みとしての性質を失うこととなる(西原・自律176-177頁)。このとき、前国家的なはずの基本権が「具体的な立法によって特定の形態を与えられ(整形)、具体化された権利に転換していく」こととなるとされる(西原・自律181頁)。そして、「立法者によって実現される自由は、所詮、多数者にとって有利であると考えられる自由」でしかなく、「憲法の空洞化」を招くものとなるとされる(西原・位相226頁)。同時に、基本権の客観的側面から「国民一般の権利」を導き出すと、基本権が「個人の不可譲の権利」ではなくなり、「単なる政治的な政策目標の地位に転落すること」となるとされる(西原・自律189頁)。しかしながら、もとより国民は基本権を濫用することが禁止され、これを常に「公共の福祉」のために利用する責任を負っているのであって(憲法12条)、立法をはじめとする「国政」(憲法13条)において確保されるべき「公共の福祉」に政策的な要素が何ら含ま



- れないと解することは困難であることから、基本権は必然的に立法権の「助力」により実現される側面を帯有することとなるはずである。例えば、教育を受ける権利が立法者の「助力」なくして実現し得るものであるとは考えがたい。それゆえ、多くの「自由」は「立法者によって実現される」のではなく、「基本権規定に拘束される立法者の助力を得て実現される」ものであるといえる。また、基本権には制度依存型権利が含まれ、そこで設営される制度が国民全体に対して適用となる共通の法的基盤であることにかんがみると、基本権規定から「国民一般の権利」ないし国民全体の権利が導かれることは合理的であり、その法益が各人に還元され得るものである限りにおいて、これが「主観化」の契機を内包していることとなると考えられる。
- 9 通説はこのように捉えている（佐藤・憲法論309頁。野中＝中村＝高橋＝高見・憲法 211頁。高橋・立憲主義240頁）。
- 10 代表的な学説によれば、制度的保障とは、「憲法が個人的権利、とくに自由権そのものとは異なる一定の制度に対して、立法によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護を与え、当該制度それ自体を客観的に保障していると解される場合」を指すものとされている（芦部・憲法学 87頁）。
- 11 戸波・理論76頁。
- 12 ある学説も、「制度的保障という特定の理論（あるいは、特定の制度的保障論）を日本国憲法に適合しないとして退けるのは可能であるが、それによって同時に、制度的保障として説明されてきた条項の特殊性を葬り去ることはできない」と指摘している（小山・制度67頁）。
- 13 この点に関し、ある学説は、制度的保障の理論の魅力は「抽象論レベル、とりわけ本質的部分の不偏性、その周辺の形成性にあった」にすぎず、基本権規定の「体系の中に密接に入りこんでいるものではない」と指摘している（柏崎・展開79頁）。
- 14 例えば、本文でも若干の言及を行っているドイツのカール・シュミットやペーター・ヘーベルレの理論のほか、シュミットの理論に大きな影響を与えたフランスのモーリス・オーリウの制度理論、ドイツのルドルフ・スメントの統合理論、フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーの法制度理論などが挙げられよう。
- 15 例えば、浜田・制度概念485-528頁、鶴澤・制度複合体246-279頁参照。
- 16 シュミット・憲法理論212-216頁参照。
- 17 シュミットの理論の詳細な分析については、石川・距離2-9頁・53-77頁、赤坂・制度的保障論83-120頁参照。
- 18 「基本権による立法権の拘束」については、海野・綱領100頁参照。
- 19 すなわち、特定の制度そのものの現状を保障しようとする解釈であり、原始的制度保障論に対する主な批判もこの点に向けられることとなる。我が国のある学説は、「市民的法治国の論理」に照らせば、特定の制度体に特権を与えることは「背理」であるとしている（石川・距離135頁）。もっとも、これは制度の現状が常に固定されるということ意味するものではなく、同学説の指摘するとおり、憲法上の特権が付与された特定の制度体は、「その国有法則に従って自己展開をしてゆく」こととなる（石川・距離135頁）。
- 20 シュミットは、制度的保障（制度保障）について、「ただ国家の内部のみに存し、原理的に無限定な自由の領域という観念に立脚するものではなく、法的に承認されたひとつの制度に関わる」と述べている（シュミット・憲法理論212頁）。
- 21 「制度的」保障という場合、基本権が「制度的」に保障されるということを含意するため、（基本権とは区別された）既存の制度そのものの保障の観念にはなじまないと考えられる。
- 22 赤坂・制度的保障論86-87頁。
- 23 樋口・国法学173-175頁。それゆえ、原始的制度保障論における制度保障については、「個人権を制度的に保障するための手段」として捉えるべきではないとされる（樋口・国法学171頁）。
- 24 この点について、芦部・憲法学 88頁参照。
- 25 これは、公法上の“Institution”として保障されているのは、「真正の基本権」ではないという消極的な意味合いを有するものであるとされる（樋口・国法学173頁）。

- 26 石川・距離4-5頁。樋口・国法学173-174頁。これらの学説によれば、制度体保障の典型は職業官僚制であり、憲法制定以前の「特権身分集団」としての制度が「真正の制度保障」であるとされる。併せて、長谷部・制度33-34頁参照。
- 27 石川・距離236頁。
- 28 ある学説も、法制度保障は再構成の余地が残されているのに対し、制度体保障は再構成の余地が乏しい旨を指摘している（小山・権利47頁）。
- 29 基本権の主観的側面と客観的側面については、海野・綱領101-103頁参照。
- 30 ヘーベルレの理論の詳細な分析については、赤坂・制度的保障論83-120頁、小山・法理301-303頁、小山・内容形成45-77頁、石川・距離205-209頁、畑尻・批判146-169頁参照。
- 31 ヘーベルレ・基本権論52頁。
- 32 ヘーベルレ・基本権論118頁。
- 33 この点を指摘するものとして、西土・基層223頁参照。
- 34 ヘーベルレ・基本権論57-58頁・81頁。このような論理に対しては、「法律・対・基本権の緊張は予め解消されてしまい、基本権制約的な法律は、実は、基本権の内容を形成する規範ということになり、対立する利益の衡量も、同一の陣営内において、温和に調整される」こととなるとする批判が提示されている（石川・距離208-209頁）。しかしながら、確かにすべての基本権ではないとしても、少なくとも特定の基本権については、憲法が明示的に法律による内容形成を予定していると解される以上、「法律・対・基本権の緊張」関係が制度的に「調整」されることが憲法の要請するところであるように思われる。
- 35 「ヘーベルレ・基本権論67頁」はこれを「基本権の現実化としての立法」と称している。
- 36 ヘーベルレ・基本権論59頁。
- 37 ベッケンフェルデ・現代国家287頁。
- 38 ベッケンフェルデ・現代国家288-289頁。同書は、「基本権の内容を確定し、形成する（だけの）法律は、基本権制限的な法律から区別され、法治国家的配分原理より派生し、立法者の規制権限に課せられた厳格な制約を免れる」と指摘している（ベッケンフェルデ・現代国家287頁）。
- 39 芦部・憲法学 89頁。
- 40 ある学説も、「基本権領域における立法の意義および限界を、内容形成からのみ一元的に説明することは、国家の侵害に対抗する防御権としての基本権の意義を、著しく縮減させる」と説いている（小山・内容形成66頁）。
- 41 これについてはしばしば「自然的自由」と称される（小山・内容形成150-151頁。小島・制度51頁）。
- 42 芦部・憲法学 94頁。
- 43 芦部・憲法86頁。野中＝中村＝高橋＝高見・憲法211頁。
- 44 芦部・憲法学 93-94頁。
- 45 最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁（津地鎮祭訴訟）。
- 46 最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁（レベタ廷メモ訴訟）。
- 47 例えば、宮沢・憲法 107頁・202頁、伊藤・憲法195頁、橋本・憲法77-80頁、長尾・憲法88-89頁参照。
- 48 棟居・新構成247頁。
- 49 棟居・新構成342頁。
- 50 戸波・理論109-110頁。この学説によれば、制度的保障論とは、「特定の法形式を有する憲法規定を『制度的保障』という観念で統一的にとらえ、そしてその『制度的保障』の法的性格を包括的に論ずる理論」として定位され、「特定の憲法規定の法的性質を説明する一種の規範的な説明概念」であると同時に、「特定の憲法規定を『制度的保障』と規定することによって当該憲法規定に特定の法的意味を与える実践的な解釈概念」とであるとされる。そして、制度的保障論には、以下の4つの問題が交錯している旨が指摘されている。すなわち、(ア)保障の対象とされる「制度」の概念自体の問題、(イ)どのような憲法規定を制度的保障の射程に含めるべきかという範疇化の問題、(ウ)制度的保障とされた憲法規定の法的性格ないし法的効力の問題、(エ)制度的保障論の理論的・実践的意義ないし効果の問題である（戸波・理論72頁）。
- 51 このような立場をとる主な学説として、佐藤・憲法398頁、浦部・教室54頁、奥平・憲法 101-105頁、

- 内野・体系147-151頁参照。
- 52 このような立場をとる主な学説として、芦部・憲法学 93頁、阪本・理論 127頁（この学説は「日本国憲法制定以前から国家内に存在してきた団体または結社の享受する法的地位についてだけ、参考に値する」としている）、樋口・憲法252-253頁（この学説は、憲法29条1項のみ制度的保障の規定と解している）、松井・憲法325-327頁（この学説は、基本権から導かれ又は基本権とともに憲法上保障された制度に限定しつつ憲法上の「予防的ルール」として制度的保障の観念を理解すべきであると説いている）参照。
- 53 戸波・理論71-72頁。石川・距離3頁。
- 54 高橋・立憲主義78頁。
- 55 佐藤・人権185頁。同書は、憲法29条1項の制度的保障論に関して、「経済的自由は秩序ある活気に満ちた市場とそれを成り立たしめる制度的仕組みや賢明な運用政策に依拠しつつその意義を発揮するが、核的価値はそうした社会的・経済的便益の向上を理由に制約することは認められない」としつつも、「憲法上の『権利』として保障されるものと全く『政策』に委ねられるものとを判然と区別」することの困難さを示唆している（佐藤・人権184-185頁）。
- 56 赤坂・理論71頁。
- 57 高橋・立憲主義78-79頁。逆にいえば、これまでの制度的保障の理論からは、制度と密接な関わりを有する基本権の保障や制度そのものの保障に対する制約のあり方について、制度の核心部分を侵害しない限りという大枠の限界を示すにとどまり、具体的にどの程度の制約が許容されるかということを何ら示すものではないとする批判もある（中村・30講99頁参照）。
- 58 赤坂・制度保障33頁。この学説によれば、例えば憲法23条については、個人の学問活動の自由を保障するうえで必要となる制度の構築を立法権に授權する規範を含み、当該制度の中に大学の自治制度も含まれるものと理解すれば足りるとされる。
- 59 樋口・憲法253頁。
- 60 客観的法規範の概念については、海野・綱領101頁参照。
- 61 内野・体系151頁。
- 62 佐藤・憲法論233頁。小山・作法149頁。初宿・基本権226頁。高橋・立憲主義78-79頁。穴戸・展開120頁。
- 63 ある学説は、制度的保障論について、「基本権に対する制約を正当化する意味をも持ちうるものである」と指摘している（初宿・基本権52頁）。
- 64 判例は、「政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたず行為の目的及び効果にかんがみ、そのかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである」と説き、ここでいう「諸条件」の内容として、「国家が、社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するにあつて、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れえないこと」を指摘している（最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁。津地鎮祭訴訟）。
- 65 芦部・憲法学 93頁。また、「無条件的に人権を保障している」憲法は、制度の核心部分を侵害しない限り制約可能なものとする制度的保障の理論を導入するための前提条件を欠くとする指摘もある（浦部・教室54頁）。
- 66 芦部・憲法学 93頁。また、憲法24条について、家族制度の保障よりも家族を構成している夫婦の平等や個人の尊厳を重視するものとして捉えたうえで、制度の強調はこれと適合的ではないとする見解も提示されている（辻村・憲法134頁）。
- 67 佐藤・憲法398頁。同書は、「自由権を実現するため、法律による制度的裏づけを必要とする場合が多いが、その場合自由権の内実に合わせて制度が不断に検討されるのであって、『制度的保障』の理論による必要はない」と指摘している。
- 68 戸波・理論94頁。
- 69 赤坂・制度保障34頁。
- 70 例えば、ある論者は、「制度」について、「当事者が当該行為を行う上で前提とする、その内外を区別しうる団体または物理的もしくは観念的な場所」（小島・制度50頁）と定義し、原始的制度保障論に

おける「法制度」よりも「制度体」に近い概念として捉えている。

71 赤坂・理論71頁。

72 なぜなら、通信とは、メッセージ（情報）の送信者による送信行為、通信事業者等の媒介者による伝送行為、メッセージの受信者による受信行為が三位一体的に行われるものであるところ、仮に通信における送信の自由及び受信の自由が保障されていなければ、通信の秘密を保障する実益が乏しくなり、憲法21条2項後段の趣旨に背反することとなると考えられるからである。なお、通信の自由の概念について、さしあたり、海野・放送226-227頁参照。

73 通信に関する制度の設営については、憲法21条2項後段の要請であるだけでなく、同時に憲法13条の要請でもあると考えられる。すなわち、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（平成12年法律144号）1条・2条にいう「高度情報通信ネットワーク社会」を迎えつつある今日の我が国においては、通信制度そのものが国民の私生活領域に組み込まれ、国民生活にとって必要不可欠のもの、ひいては「個人の尊重」の原理（憲法13条）ないし「個人の尊厳」を確保するために必須の要素となっていることから（海野・制約原理80頁）、そのような各人の尊厳を確保するうえでも通信制度の適切な設営が憲法上要請されるものと考えられる。

74 阪本・理論 128頁。

75 「一応の保障」とは、立法権による内容の改廃が行われない限り、制度に関する既存の法秩序が維持されるが、それを時代の要請等に応じて立法権が「アップデート」することも認められる（要請される）ということを示すものである。

76 もっとも、制度構成規範のうち、立法権によって侵し得ない核心部分については、それ自体が憲法上の保障を受けることとなるものと解されることから、その限りにおいて客観的原則規範に符合することとなる。

77 例えば、電気通信事業法25条1項・同条2項参照。

78 なお、地方公共団体に関する憲法上の規定は、地方公共団体に国家に対する一定の行政上の「権能」を付与し、これが国家の不当な介入を排除するものであるという点において、基本権にほぼ相当するもの

の（自治行政権）であると考えられることから、基本権規定の場合と同様に、制度的保障の観念を援用する余地があると思われる。

79 地方公共団体の自治行政権（憲法94条参照）がこれに該当する。なぜなら、既述のとおり、自治行政権は国からの不当な関与（介入）を排することをその本質としている権能であり、その趣旨は地方自治法（昭和22年法律67号）245条乃至250条の6においても確認・具体化されているからである。

80 代表的な学説は、我が国の制度的保障論においては、権利（自由）と制度との密接な関係を切断する立場が採られていると指摘している（芦部・憲法学93頁）。従来の制度的保障の理論について、『『制度的保障か、それとも主観的権利か』という『あれか、これか』の問いがまずあって、制度的保障説をとるということは主観的権利性を否定するということを同時に意味していた』と説き、『『あれか、これか』の制度的保障理論をとることは、元来不可能である』とする学説（棟居・新構成338-339頁）の指摘は、正鵠を射ているように思われる。

81 制度的保障とされる法規範が基本権の間接的な保障という「公共の福祉」の確保への寄与を超えて国民各人における裁判規範性を具有するようになるためには、当該法規範が国民各人の個別的利益の保護に向けられていること又はそれに還元し得ることが必要であり、これが行政事件訴訟法（昭和37年法律139号）9条1項にいう「法律上の利益」の解釈としての法律上保護された利益の背後にある思想となっている（穴戸・展開119-120頁参照）。

82 この点に関し、ある学説は、「制度」とされる法規範に対する公権力の違反行為については、「誰の法的利益の侵害にもならないというよりは、誰かの法的利益の侵害を構成することが大いにあり得ると考えるほうが、素直なのではあるまいか」と主張している（奥平・憲法 103頁）。このような観点から、制度的保障について、「単なる客観的保障ではなく、同時に、個人の主観的権利としての意義をもつ」旨を示唆する学説もある（新・憲法訴訟論197頁）。

83 山本・意義147頁参照。

84 プログラム規定とは、「個人に対して裁判を通じて救済を受けようような具体的権利を付与するもの



- ではなく、国家に対しその実現に努めるべき政治的・道義的目標と指針を示すにとどまる性質」の規定（佐藤・憲法論124-125頁）のことである。
- 85 ある学説も、「憲法上『権利』が保障されており、その権利を具体的に実現するためには法律の制定が必要である、という場合には、国会は、その法律を制定すべき憲法上の義務を負っている」と説いている（浦部・教室233頁）。
- 86 長尾・憲法89頁。
- 87 営業の自由の観念について、海野・財産権192-211頁参照。
- 88 この点に関し、小山・内容形成181-182頁参照。
- 89 海野・財産権170頁参照。もっとも、厳密には、ここでいう「所有権」は民法206条にいう所有権と完全に同一ではない。なぜなら、民法206条で認められている所有権については、その客体が有体物に限定されているうえに、「使用、収益及び処分をする権利」が「法令の制限内」に限定されているからである。財産権の核心部分としての私有財産制度が民法上の所有権を前提とするものであるとしても、それは基本権の核心部分を構成することとなるのであるから、「法令の制限」に関わりなく「使用、収益及び処分をする権利」をその原則的な内容とすべきものであると考えられる。しかも、その本質は共同所有に対峙される単独所有を許容するものであると思われる。
- 90 その意味において、制度的保障論は「立法によっても奪うことのできない『制度の核心』の内容が明確」（芦部・憲法86頁）であるものに限って援用すべきであるとする伝統的な学説の考え方は、この理論の射程をいたずらに狭めているものといえることができる。
- 91 長尾・憲法88頁。
- 92 ある学説も、このような観点から、「憲法29条1項は、憲法の規準に適合した法制度形成の請求（あるいは、憲法の規準に反した法規範による規律を受けけないこと）を含む」と解している（小山・制度71頁）。
- 93 教育条件整備請求権については、佐藤・憲法626頁、浦部・教室198頁、渋谷・赤坂・人権66頁参照。なお、併せて海野・青少年76頁参照。
- 94 君塚・私人間519頁
- 95 このような比較衡量の視点に立ったと思われる判例もあり、公務員制度と公務員の政治的活動の自由（表現の自由）の制約との調整に関わる猿払事件（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）や教育制度（教科書検定制度）と表現の自由の制約との調整に関わる第一次家永教科書訴訟（最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁）などがその典型である。これらの判例について、「制度優位説」（各人の内面的精神的自由権よりも制度上の約束事を優先させる考え方）に立ったものであると解する学説もある（小島・教育431-435頁）。
- 96 山本・意義148頁。
- 97 憲法17条においては、「公務員の不法行為」に対する国家賠償制度の設営が予定されており、当該制度なしには公の賠償請求権という基本権は実効的に機能しないと考えられる。具体的には、国家賠償法、民法（明治29年法律89号。国家賠償法4条参照）、その他の特別法に基づく制度が設営されている制度に該当する。もっとも、公の賠償請求権については、単なるプログラム規定であると解する考え方（協会・註解上387頁）や抽象的権利であるとする考え方（浦部・賠償責任358頁）も提示されているが、憲法29条3項より損失補償請求権を定位可能であると解されることとの対比に照らすと、法律による具体化が予定されつつも、憲法17条自体を直接援用して賠償請求を認めるための具体的な権利性を認める余地があるように思われる（佐藤・憲法論356-357頁。松井・憲法420頁）。
- 98 これは、いわゆる家制度の否定を前提としつつ、憲法の予定している婚姻の自由（憲法24条1項）及び「家族の自律」に資する形で、一定の家族制度の形成を要請するものであると考えられる（その詳細について、海野・青少年102-103頁参照）。その中で、立法権は「個人の尊厳と両性の本質的平等」の原理に拘束されることとなるから、憲法13条・14条の趣旨が確認されているとみることもできる。
- 99 ここでいう教育制度とは、教育を受ける権利の内容を具体化するものであり、一次的には教育基本法（平成18年法律120号）や学校教育法（昭和22年法律26号）等により設営されている既存の制度のほか、

個々の子の保護者による教育条件に関する合理的な要求に対応して内容形成されていく要素をも内包するものと定位できる。その詳細については、海野・青少年76-77頁参照。

100 ここでいう労働制度ないし勤労条件に関する基準とは、勤労の権利（憲法27条1項）の保障にとって不可欠となるものであり、労働基準法（昭和22年法律49号）、労働安全衛生法（昭和47年法律57号）、最低賃金法（昭和34年法律137号）、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律（昭和47年法律113号）等の各種の法律により具体化されている。

101 これは、財産権（憲法29条1項）の内容を法律により具体化することを求めるものである。その詳細については、海野・財産権156-173頁参照。

102 これは、「個人の尊重」の原理を具体化するため、法律による手続及び実体の適正性の確保を求めるものであると解される。その詳細については、海野・綱領230頁・519-523頁参照。

103 これは、刑事補償請求権の内容を法律により具体化することを求めるものであり、刑事補償法（昭和25年法律1号）に基づく制度がその具体化に該当する。時系列的には旧刑事補償法（昭和6年法律60号）の制定が憲法の制定に先立つが、かつての刑事補償法の恩恵的性格を憲法上の権利にまで高めたものが憲法40条の規定であるとされている（佐藤・憲法論360頁）。

104 基本権の内容形成は、権利の行使に際して必要となる法規範の設定が立法権の義務として行われるものであるのに対し、基本権の制約は基本権の保護領域の射程を制限することを目的として行われる一方的な当該領域への介入行為である。

105 多数説によれば、憲法25条1項の生存権については、抽象的権利であるとされる（芦部・憲法260頁。佐藤・憲法621頁）。これを前提とする限り、生存権は法律による具体化を待って行使可能となるものであり、当該法律においては、生活保障制度が定められなければならないということになる。実際、ある学説は、憲法25条について、「25条1項が権利（主観法）の設定を全面に押し出し、2項が比較的に広範に周縁領域をもカバーしながら、生存権を

より確実に保障する制度（客観法）を構築しようとする規定」であると説いている（奥平・憲法249頁）。もっとも、生存権を抽象的権利と解する学説の多くも、これが一定の範囲で具体的な権利性を有することとなる余地を認めており、「生存権を具体化する趣旨の法律の定める保護基準ないしこの種の法律に基づいて行政庁が設定した保護基準が不当に低いような場合」（佐藤・憲法621頁）には、憲法25条違反となるものと解されている（他に、浦部・教室233頁、伊藤・憲法381-383頁、松井・憲法555頁参照）。また、憲法25条1項を直接の根拠として一定の給付請求を認めるべきであると解する学説も有力に主張されているが（棟居・再論348-362頁。渋谷・憲法258-259頁）、この場合であっても、具体的な生活保障制度を定める立法措置は必要となろう。ただし、立法に対する白紙委任とならないようにするために、何が「健康で文化的な最低限度の生活」であるかの一応の客観的な基準が憲法25条1項から導かれる必要があるということになる（棟居・再論360-361頁）。併せて、注151参照。

106 この制度は、職業安定法（昭和22年法律141号）、雇用対策法（昭和41年法律132号）、雇用保険法（昭和49年法律116号）等により具体化されていると考えられる。

107 損失補償請求権について、海野・綱領836-842頁参照。

108 例えば、公職選挙法に基づく戸別訪問の禁止、事前運動の禁止、文書図画の頒布・掲示の禁止等については、候補者の表現の自由を制約するものである（公職選挙法129条・138条・142条・143条参照）。

109 例えば、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年法律122号）31条の8第5項、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（平成13年法律137号）3条、特定電子メールの送信の適正化等に関する法律（平成14年法律26号）11条、青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律（平成20年法律79号）21条などの規定がこれに該当する。

110 行政訴訟における不服申立前置主義については、海野・綱領670-671頁参照。国税通則法（昭和37年

- 法律66号) 115条 1 項, 関税法 (昭和29年法律61号) 93条などの規定がこれに該当する。
- 111 渋谷 = 赤坂・人権116頁。
- 112 具体的には, 行政事件訴訟法 8 条 1 項但書・38 条 4 項・43条 1 項参照。
- 113 ある学説は, 憲法28条から「労働基本権を確保し, 具体化する積極的施策を講じる義務」が導かれるとし, 労働組合法 (昭和24年法律174号) がこのような施策の典型であると説いている (長谷部・憲法291頁)。同旨につき, 芦部・憲法268頁, 浦部・教室250頁参照。また, これを勤労者がそのような施策を講じることを公権力に求める権利を有する旨を説く学説として, 佐藤・憲法論376頁, 松井・憲法566頁参照。
- 114 営業の自由については, 従来の学説において, その主観的側面が強調されてきた感がある。ある有力な学説も, 「『営業の自由』は国家との関係における自由権として観念されるべきものと解される」と説いている (佐藤・憲法論300頁)。しかしながら, 営業がその相手方となる消費者の存在を不可欠とする行為であることなどにかんがみると, 営業の自由の客観的側面が指定されるべきであると思われる。
- 115 海野・財産権198-203頁。ある有力な学説も, 「経済的自由が意義を発揮するためには, 秩序ある市場, そうした市場を成り立たしめる法制度的仕組みや規制が必要」であると説いている (佐藤・人権182頁)。また, 判例も, 消費者と事業者との間に構造的な格差が存在しながら「締結される契約を双方の自由な交渉にゆだねるとき」には, 「消費者の不利益の発生を防止し, 消費者を保護する必要がある」旨を指摘しており, 消費者保護制度の必要性を示唆している (最判平成18年11月27日判時1958号 61頁)。
- 116 契約の自由については, その根拠条文に関しては争いがあるが, 一般に基本権であることが承認されている (小山・作法38頁)。当該根拠条文については, 憲法29条 1 項による保障に契約の自由が含まれると解する考え方がある一方 (浦部・教室211頁), 憲法22条 1 項・29条 1 項から当然に導かれるものと解する考え方 (小嶋 = 大石・概観123頁) や, 契約の自由による不都合を憲法27条・28条が調整してい
- ると解する考え方 (渋谷・憲法277-278頁。高橋・立憲主義293-294頁。長谷部・憲法290頁) が提示されているほか, これを端的に憲法13条から導かれる自己決定権の一環として位置づけるべきであると解する考え方も有力になりつつある (石川・契約147頁)。
- 117 長谷部・理性133頁参照。
- 118 知る権利については, 憲法21条 1 項の表現の自由から導かれると解するのが通説であるが (芦部・憲法学 261-262頁), 管見が憲法13条にこれを定礎する理由として, 海野・マスメディア107-111頁参照。
- 119 学説においても, 「地方自治の本旨」から導かれる団体自治等のあり方をめぐる解釈として, これを地方自治制度に関する制度的保障と解する考え方が多数説となっている (成田・保障207-303頁。橋本・憲法80頁)。もっとも, この点については異論も提示されている (その詳細については, 海野・綱領205-211頁参照)。
- 120 小山・作法152頁。
- 121 その詳細については, 海野・綱領25-31頁参照。
- 122 前出の最大判昭和52年 7 月13日民集31巻 4 号533 頁 (津地鎮祭訴訟) のほか, 最大判昭和63年 6 月 1 日民集42巻 5 号277頁 (自衛官合祀拒否訴訟), 最判平成 4 年11月16日判時1441号57頁 (大阪地蔵像事件), 最判平成 5 年 2 月16日民集47巻 3 号1687頁 (箕面忠魂碑訴訟), 最判平成11年10月21日判時1696号96頁 (箕面市遺族会補助金訴訟), 最判平成14年 7 月11日民集56巻 6 号1204頁参照。併せて, 最大判平成22年 1 月20日民集64巻 1 号 1 項 (空知太神社違憲訴訟) 参照。
- 123 このような見解を採る主な学説について, 注62参照。もっとも, 政教分離に代表される制度忌避を制度的保障の一環として捉える学説もある。例えば, 伊藤・憲法195頁, 中山・展開34-35頁参照。
- 124 なぜなら, 仮に奴隷制度が実施されれば国民の幸福追求権や奴隷の拘束・苦役からの自由を制約し, 仮に検閲制度が実施されれば国民の表現の自由を制約し, 仮に児童酷使が実施されれば児童の基本権 (幸福追求権や「酷使を受けない権利」) を制約し, 仮に拷問・残虐刑制度が実施されれば国民の幸福追求権や「拷問及び残虐な刑罰を科せられない権

- 利」を制約することとなると考えられるからである。
- 125 鶴澤・制度複合体270頁。このような立場からは、各人は「奴隷的拘束を受ける自由」は享有せず、常に奴隷的拘束からの自由が制度的に「強制」されるということになる。
- 126 注122の自衛官合祀拒否訴訟，大阪地判平成元年11月9日判時1336号45頁，福岡地判平成元年12月14日判時1336号45頁参照。これとは別に，政教分離は，憲法制定以前に存在していた中間団体としての宗教団体の地位を相対化することを目的とするものであって，信教の自由を補完するためのものではないから，制度的保障の中でも消極的な保障に属するとする指摘がある（阪本・理論 126頁）。しかしながら，信教の自由が政治と特定の宗教との癒着を忌避する性質を有することは明らかであることから，政教分離を信教の自由の保障に奉仕するための客観的法規範として捉えることが妥当であるように思われる。
- 127 長尾・憲法193頁。
- 128 当該不利益を法的利益の侵害の問題として捉える余地がある旨を示唆する学説として，芦部・憲法学 185頁，初宿・基本権239頁，棟居・新構成336頁参照。併せて，注122の自衛官合祀拒否訴訟における伊藤正己裁判官の反対意見参照。政教分離の規範から一定の客観的な抽象的権利（例えば，国民の誰もが義務教育において宗教教育を強制されない権利）を導くことは可能であろう。当該権利が立法により具体化されれば，法律上保護された利益となるものと解される（教育基本法15条2項参照）。
- 129 安西・信教365頁。
- 130 一方，政教分離が信教の自由と「対抗関係」に立つ場合もあるものとされている。例えば公立学校の学生が，自己の信ずる教義に従って剣道の実技の受講を拒否したため，退学処分を受けた場合において，公権力の行使の主体としての公立学校が政教分離を貫けば信仰上の問題を理由とする受講拒否を認めることができないということになり得る一方，学生の信教の自由の保障の観点からは当該受講拒否が認められ得るということになるといったような場合（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁参照）がこれに該当するものとされる（長谷部・憲法200頁）。仮に政教分離を制度的保障の枠組みとして捉

- える場合には，このとき制度的保障と基本権の保障とが「衝突」し得るということになるが，そのような理解に基づくとしても，制度的保障が基本権の保障を総体的に弱めることは「本末転倒」となることから，国民全体の信教の自由の保障に資する形で政教分離の射程が「調整」されるべきものとなろう。実際，学説においては，これを信教の自由と政教分離との「対抗関係」と捉えない見方も存在する（種谷・政教分離267-268頁参照）。ただし，その場合であっても信教の自由同士の間対抗関係とみる余地はあろう（棟居・再論322頁）。
- 131 この点については，海野・財産権166頁参照。
- 132 すなわち，立法権は「制度の核心部分を侵害してはならない」，「憲法適合的な制度を形成しなければならない」ということに加え，「各人が時代環境に関わりなく基本権を享有することが可能となるよう，制度を継続的に見直し，必要に応じて再形成していかなければならない」という義務を負うものと解される（小山・権利50頁参照）。
- 133 ある学説も，「制度的保障は，核心領域のみの保障に限定されなければならない必然性はない」と主張している（小山・作法152頁）。
- 134 小山・作法123-127頁。
- 135 小山・作法124頁。
- 136 長谷部・理性133-136頁。このようなベースライン論については，「単なる法律家集団の共通了解を意味するのではなく，何らかの中立性を標榜するもの」であるとする評価も提示されている（巻・公共性300頁）。
- 137 もっとも，禁止されるべき規範を「制度の核心部分」とみなす余地はある。例えば，奴隷制度の禁止であれば，「奴隷的拘束を行わないこと」という規範そのものが保障されるべき「制度の核心部分」にほかならないと考えることは可能であろう。
- 138 辻村・憲法134頁。
- 139 このような「権利」と「制度の設営」との同時保障が行われる場合というのは，原則として，核心的制度構成規範の保障が行われるときに発生し得るものであると考えられる。付随的制度構成規範の保障については，制度設営上の「一応の保障」とにどまるため，基本的には，単独で「権利」の保障のた



- めの要素となるものではないからである。
- 140 注97及び注105参照。もっとも、「ある『権利』を『抽象的』あるいは『具体的』といっても、それは絶対的なものではなく、歴史的・相対的なものである」(佐藤・司法権518頁)ということに留意しなければならない。実際、生存権を抽象的権利と捉える先の学説においても、「生活保護法制の整備・推進のなかで憲法上の『生存権』の中身も次第に具体的なものになって行く」(佐藤・司法権518頁)、「生存権は、その一般的な実現のためには法律による具体化が必要であるが、そのことは実現されるべき憲法上の実体が何もないことを意味するものでは決してない」(佐藤・憲法論365頁)と説いている。
- 141 小山・作法118頁。同書は、「法律は、憲法の次元では未確定な権利の内容および実現の手段を具体化し、権利の実現に奉仕する」と説いている。
- 142 小山・作法117頁。同書によれば、請求権としての抽象的権利については、制約が必要最小限度であることを要求する防御権(としての具体的権利)とは異なり、最大限の作為を公権力に対して求めるものではなく、かつ、当該作為の履行に関して複数の手段が存在し得る中で、その選択が公権力の裁量に委ねられることから、「二重の未確定性」を有するとされる。
- 143 小山・制度70頁。同時に、この学説は、制度的保障は客観法としての憲法に基づいているのに対し、抽象的権利は主観的権利に基づいていることから、権利の問題(抽象的権利に関する内容)としては憲法違反とならない場合であっても、客観法の問題(制度的保障に関する内容)としては憲法違反を構成することができる場合がある旨を指摘している(小山・生存権364-365頁)。しかし、制度的保障違反については、これを純然たる客観法の問題として捉えることは必ずしも適切ではなく、制度的保障の規定から導かれる「客観的権利」に対する侵害の問題を内包するものとして捉える必要があるように思われる。なぜなら、具体的な制度の設営のあり方については立法裁量に委ねられている部分が大きいことにかんがみると、そのような個々の制度構成規範のあり方の問題がもっぱら客観法の問題として憲法違反になり得るものとすれば、それが既存の制度構

成規範の改廃をめぐる是否の問題に収斂する限りにおいて、「下位規範に先行して確定しているはずの憲法上の法規範の内容が、下位の制度の有無(ないし内容)によって逆に規定されてしまう」(内野・体系155頁)こととなる可能性があるからである。むしろ、不適切な制度の設営により、一定の制度の設営を求める客観的権利の侵害が認められる場合には、これは「権利の問題」ないし基本権規定に対する違反の問題となるものと解される。

- 144 この点につき、棟居・再論359-361頁参照。
- 145 すなわち、「自由」が原則でありそれに対する「制約」が例外となる。
- 146 長尾・憲法193頁。鵜澤・制度複合体246頁。
- 147 小山・制度56頁。
- 148 例えば、ある学説は「財産権も生存権も、権利の具体化に法律が必要である点で差異はない」と指摘している(中島・領分68頁)。また、社会権に対する司法消極主義を牽制する観点から、「国家により具体化され創設される権利であるという点で、社会権と経済的自由権との間に本質的な違いがない」旨を示唆する学説もある(長谷部・憲法277頁)。
- 149 この点に関し、前述のベースライン論を主張する学説は、「すでに立法府によって具体的な原理や準則が設定されている状況において、既存の原理や準則の拡張や類比に基づいて権利の救済をはかることにつき、それが国家によって創設された権利であるからという理由で、消極的な態度をとる根拠は明らかではない」と説いている(長谷部・憲法277頁)。
- 150 ある学説は、生存権のような積極的権利については、「可能な限り最大限の作為を国家に求めるものではない」と指摘するが(小山・作法117頁)、幸福追求権を包括的基本権と捉える通説に依拠する限り(芦部・憲法118-119頁参照)、基本権の「最大の尊重」については、基本権の性質にかかわらず求められることとなることから、生存権を具体化する立法(制度の設営)においても最大限の保障の充実が求められることとなるものと解される。また、「制度つまり客観的法規範の違反または侵害」に対しては「3層の審査基準は適用できない」と説く学説もあるが(渋谷・憲法170頁)、これを客観的権利に対する侵害と構成する限り、異なる審査密度(違憲審

査基準)を使い分ける余地があるものと考えられる。

- 151 尾形・福祉国家142-144頁。同書は、憲法25条の生存権の保障について、「個人の生存権を保障する一方、その実施が第一次的には政治部門に託されることを前提に、国家による積極的権限発動を求め、その適法性にかかる司法審査を裁判所に要求しうる面をも併せ持つ」複合的な権利であると説いている(尾形・福祉国家147頁)。
- 152 それゆえ、社会権に関する制度の設営を求める権利(制度予定時の具体的制度構成規範形成請求権)については、原則として、抽象的権利にとどまるものと解される(ただし、制度欠缺時における「何らかの生活保障制度」の創設といった次元の制度予定時の制度設定請求権の場合には、具体的権利性が認められよう)。社会権を実現するための制度的環境(手段の選択)については、一次的には立法権により決定されるべきものであり、また社会の状況等に応じて可変的なものであるからである。
- 153 比例原則については、小山・作法75-77頁参照。
- 154 海野・綱領74-75頁参照。
- 155 西谷・勤労権126頁参照。
- 156 小山・作法77-78頁参照。同書は「比例原則自体は、特定の審査密度を前提とするものではない」と指摘する。
- 157 ある学説も、例えば「財産権の内容を形成する法律」(本稿にいう財産法制度の設営に関する立法)について、「表現の自由を制約するような『制限的』(constitutive)な法律と同様に、法律に先立つ『憲法上の財産権』を想定して、その『制約』を比例原則を用いて判断するといった判断枠組み」にはなじまない旨を指摘している(宍戸・展開155-156頁)。確かに、比例原則が規制の統制を本来的な目的とすることを踏まえれば、規制とは区別されるべき制度的保障に関する立法にこれがそのまま適用されることには慎重を要する。しかしながら、これは、制度的保障に関する立法がもとより比例原則の考え方と何ら適合しないということを意味するものではなく、制度の設営においても基本権の保障を最大限に充実させる観点からの比例性の確保が図られなければならないと考えられる。もっとも、当該立法に対する審査密度については、立法自体が「義務」で

あることを踏まえれば、基本権の制約となる立法に対する違憲審査基準と同様の厳格さで(比例原則ないし比例原則的な考え方を)適用することは不適当であると考えられる。

- 158 このような観点からは、社会権の保障に関する制度設営に対する違憲審査においては緩やかな審査が、社会権以外の基本権(経済的自由権、受益権等)の保障に関する制度設営に対する違憲審査においては中間審査が、それぞれ(一応の目安として)最も適格的であるように思われる。
- 159 憲法上の「公共の福祉」を「人権相互のあいだの矛盾・衝突を調整する原理」として捉えた伝統的な学説として、宮沢・憲法 235頁参照。併せて、芦部・憲法100-101頁参照。
- 160 工藤・研究96-98頁参照。
- 161 公務員制度の設営による公務員の労働基本権の保護領域の画定という考え方について、海野・綱領276-277頁・288頁参照。
- 162 既述のとおり、制度構成規範のうち、核心的制度構成規範については現状の保障が、それ以外の付随的制度構成規範については「一応の保障」が妥当することが原則である。

#### 参考文献

本書における文献の表記については、【 】内に示した各略称によっている。

赤坂正浩「二つの制度的保障論 - C・シュミットとP・ヘーベルレ - 」、『法学 49巻 1号』82-120頁(東北大学法学会, 1985年)【赤坂・制度的保障論】

赤坂正浩「制度保障と人権」, 長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』17-37頁(日本評論社, 1995年)【赤坂・制度保障】

赤坂正浩「人権と制度保障の理論」, 大石眞＝石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』70-71頁(有斐閣, 2008年)【赤坂・理論】

芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年)【芦部・憲法学】

芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』(有斐閣, 1998年)

## 【芦部・憲法学】

芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第五版）』（岩波書店，2011年）【芦部・憲法】

新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社，2010年）

## 【新・憲法訴訟論】

石川健治『自由と特権の距離（増補版）- カール・シュミット「制度体保障」論・再考』（日本評論社，2007年）【石川・距離】

石川健治「契約の自由」，大石眞＝石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』146-147頁（有斐閣，2008年）【石川・契約】

ヨーゼフ・イーゼンゼー（ドイツ憲法判例研究会編訳）『保護義務としての基本権』（信山社出版，2003年）【イーゼンゼー・保護義務】

伊藤正己『憲法（第3版）』（弘文堂，1995年）【伊藤・憲法】

鵜澤剛「制度複合体としての憲法」，『立教法学』80号』246-279頁（立教法学会，2010年）【鵜澤・制度複合体】

鵜澤剛「オットー・マイヤーの《自由権》論 - 《自由と財産》定式の今日的意義について考えるために（その一）-」，『金沢法学』53巻2号』233-264頁（金沢大学人間社会研究域法学系，2011年）【鵜澤・自由権論】

内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社，1991年）【内野・体系】

海野敦史『行政法綱領 - 行政法学への憲法学的接近 -』（晃洋書房，2011年）【海野・綱領】

海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵に対する制約原理 - 高度情報通信ネットワーク社会における『通信』の意義 -」，『情報通信学会誌』27巻4号』75-94頁（情報通信学会，2010年）【海野・制約原理】

海野敦史「財産権及び営業の自由の『多層的構造』」，『経営と経済』90巻1・2号』153-256頁（長崎大学経済学会，2010年）【海野・財産権】

海野敦史「マスメディアの表現の自由の現代的意義」，『経営と経済』90巻3号』95-182頁（長崎大学経済学会，2010年）【海野・マスメディア】

海野敦史「放送の自由の再構成」，『経営と経済』90巻

3号』183-286頁（長崎大学経済学会，2010年）【海野・放送】

海野敦史「憲法上の要請としての『青少年の保護』と青少年インターネット環境整備法」，『経営と経済』90巻4号』49-113頁（長崎大学経済学会，2011年）【海野・青少年】

浦部法穂『憲法学教室（全訂第2版）』（日本評論社，2006年）【浦部・教室】

浦部法穂「国および公共団体の賠償責任」，樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注解法律学全集2 憲法（第1条～第20条）』356-365頁（青林書院，1997年）【浦部・賠償責任】

尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣，2011年）【尾形・福祉国家】

奥平康弘『憲法 憲法が保障する権利』（有斐閣，1993年）【奥平・憲法】

柏崎敏義「制度的保障理論の受容とその展開」，『明治大学大学院紀要』23集1号』73-86頁（明治大学大学院，1986年）【柏崎・展開】

君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社，2008年）【君塚・私人間】

工藤達朗『憲法学研究』（尚学社，2009年）【工藤・研究】

小嶋和司＝大石眞『憲法概観（第7版）』（有斐閣，2011年）【小嶋＝大石・概観】

小島慎司「教育の自由」，安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』421-438頁（有斐閣，2009年）【小島・教育】

小島慎司「制度と人権」，長谷部恭男編『講座 人権論の再定位3 人権の射程』48-63頁（法律文化社，2010年）【小島・制度】

小山剛『基本権保護の法理』（成文堂，1998年）【小山・法理】

小山剛『基本権の内容形成 - 立法による憲法価値の実現』（尚学社，2004年）【小山・内容形成】

小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社，2009年）【小山・作法】

小山剛「権利の保障と制度の保障」，小山剛＝駒村圭吾『論点探究 憲法』42-51頁（弘文堂，2005年）【小山・権利】

小山剛「生存権の法的性格」，LS 憲法研究会編『ブ

- ロセス演習 憲法』350-369頁（信山社出版，2007年）【小山・生存権】
- 小山剛「人権と制度」、『岩波講座 憲法2 人権論の展開』49-77頁（岩波書店，2007年）【小山・制度】
- 阪本昌成『憲法理論』（成文堂，1993年）【阪本・理論】
- 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣，1988年）【佐藤・司法権】
- 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院，1995年）【佐藤・憲法】
- 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣，2008年）【佐藤・人権】
- 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂，2011年）【佐藤・憲法論】
- 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社，2011年）【穴戸・展開】
- 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣，2007年）【渋谷・憲法】
- 渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1 人権』（有斐閣，2000年）【渋谷＝赤坂・人権】
- 初宿正典『憲法2 基本権（第3版）』（成文堂，2010年）【初宿・基本権】
- C. シュミット（尾吹善人訳）『憲法理論』（創文社，1972年）【シュミット・憲法理論】
- 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』（有斐閣，2010年）【高橋・立憲主義】
- 種谷春洋「政教分離」，清宮四郎＝佐藤功＝阿部照哉＝杉原泰雄編『新版 憲法演習1（総論・人権）』256-275頁（有斐閣，1980年）【種谷・政教分離】
- 辻村みよ子『憲法（第3版）』（日本評論社，2008年）【辻村・憲法】
- 戸波江二「制度的保障の理論について」、『筑波法政7号』66-112頁（筑波大学社会科学系[法学・政治学]，1984年）【戸波・理論】
- 長尾一紘『日本国憲法（第3版）』（世界思想社，1997年）【長尾・憲法】
- 長尾一紘「人権の概念 - C・シュミット，R・アレクシの所論を手がかりとして -」，『法学新報108巻3号』99-127頁（中央大学法学会，2001年）【長尾・概念】
- 中島徹『財産権の領分 - 経済的自由の憲法理論』（日本評論社，2007年）【中島・領分】
- 中村睦男『憲法30講』（青林書院，1984年）【中村・30講】
- 中山勲「基本的人権思想の歴史と現代的展開」，佐藤幸治編『大学講義双書 憲法 基本的人権』17-79頁（成文堂，1988年）【中山・展開】
- 成田頼明「地方自治の保障」，田中二郎ほか編『宮沢俊義先生還暦記念 日本国憲法体系第5巻 統治の機構』135-312頁（有斐閣，1964年）【成田・保障】
- 西谷敏「勤労権と立法者の労働条件基準法定義務」，『ジュリスト1244号』122-128頁（有斐閣，2003年）【西谷・勤労権】
- 西土彰一郎『放送の自由の基層』（信山社，2011年）【西土・基層】
- 西原博史『自律と保護 - 憲法上の人権保障が意味するものをめぐって -』（成文堂，2009年）【西原・自律】
- 西原博史「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」，樋口陽一＝上村貞美＝戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 -』193-227頁（信山社，2003年）【西原・位相】
- 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法（第4版）』（有斐閣，2006年）【野中＝中村＝高橋＝高見・憲法】
- 橋本公巨『憲法』（青林書院新社，1972年）【橋本・憲法】
- 長谷部恭男『憲法 第4版』（新世社，2008年）【長谷部・憲法】
- 長谷部恭男「制度の保障」，『法学教室297号』31-35頁（有斐閣，2005年）【長谷部・制度】
- 畑尻剛「P・ヘーベルレの憲法論とその批判」，DAS研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開 - 山下威士先生還暦記念』143-175頁（尚学社，2004年）【畑尻・批判】
- 浜田純一「制度概念における主観性と客観性 - 制度と基本権の構造分析序説」，現代憲法研究会『小林直樹先生還暦記念 現代国家と憲法の原理』485-528頁（有斐閣，1983年）【浜田・



制度概念】

樋口陽一『国法学〔補訂〕人権原論』（有斐閣，2007年）【樋口・国法学】

樋口陽一『憲法（第3版）』（創文社，2007年）【樋口・憲法】

ペーター・ヘーベルレ（井上典之編訳）『ヘーベルレ基本権論』（信山社出版，1993年）【ヘーベルレ・基本権論】

E・-W・ベッケンフェルデ（初宿正典編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（開文社出版，1999年）【ベッケンフェルデ・現代国家】

法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣，1953年）【協会・註解上】

巻美矢紀「個人としての尊重と公共性」，安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』283-305頁（有斐閣，2009年）【巻・公共性】

松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣，2007年）【松井・憲法】

宮沢俊義『法律学全集4 憲法〔新版〕』（有斐閣，1971年）【宮沢・憲法】

棟居快行『人権論の新構成』（信山社，1992年）【棟居・新構成】

棟居快行『憲法学再論』（信山社出版，2001年）【棟居・再論】

安西文雄「信教の自由の展開」，安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』355-375頁（有斐閣，2009年）【安西・信教】

山本敬三「憲法による私法制度の保障とその意義 - 制度的保障論を手がかりとして」，『ジュリスト1244号』138-148頁（有斐閣，2003年）【山本・意義】

渡辺康行「立法者による制度形成とその限界 - 選挙制度，国家賠償・刑事補償制度，裁判制度を例として - 」，『法政研究76巻3号』1-53頁（九州大学法学会，2009年）【渡辺・限界】